



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción	9
2.7 Maternidad por acogimiento	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.....	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, titulo X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ..."

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, "Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere".

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómica y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira , M., “Cultura e Identidad Obrera”, Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el “derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias”,

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

“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.”

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancur el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional

- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: *"... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.*

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *"... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo. Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ..."*.

⁶⁸ Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *"... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ..."*.

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: "*La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ...*".

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultanea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista"; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma "... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiaras de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ..."

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimotéticos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., "Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

"... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...".

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29.
"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad".

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pags. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).
- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., “Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs..762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa formula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos", en: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social" Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: "Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ..."

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. "... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...".

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutaban a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son los que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante, ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple , debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre.(Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).

“Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran.”

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11ª atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sáenz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ...*“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rijan la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

- B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

- Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.
- Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.
- Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.
- Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.
- Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, *Tribuna Social* núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” *Actualidad Laboral* número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

- Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.
- Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.
- Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.
- Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994
- Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.
- Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.
- Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.
- Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .
- Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango",
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción	9
2.7 Maternidad por acogimiento	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, titulo X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ..."

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, "Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere".

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., "Regímenes de Salud en Colombia", Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el "derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias",

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

"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."

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancur el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional

- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: "... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *“... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ...”.

⁶⁸ Gómez H., J.A., “Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *“... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ...”.*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiana de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: "*La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ...*".

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultánea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista"; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma "... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiaras de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ..."

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimetabólicos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

“... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...”.

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29. *"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad"*.

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, págs. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que *“... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.*

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).
- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., “Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs..762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa formula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos", en: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social" Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: "Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ..."

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. "... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...".

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutan a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante , ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promueve una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre. (Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley”...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11^a atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sáenz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ...*“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).

- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rijan la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

- Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.
- Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.
- Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.
- Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.
- Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, *Tribuna Social* núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” *Actualidad Laboral* número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango",
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción	9
2.7 Maternidad por acogimiento	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.....	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, titulo X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ...”

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., “Historia y Geografía de Colombia”, Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, “*Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere*”.

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el “derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias”,

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

“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.”

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancurt el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.
El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional

- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: "... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *"... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ..."

⁶⁸ Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *"... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ..."*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: "*La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ...*".

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultánea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista"; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma "... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiaras de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... *Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:*

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ...".

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimetabólicos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

“... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...”.

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29. *"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad"*.

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en “La Maternidad como Contingencia Específica” Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: “El contenido de las prestaciones por maternidad” en La Incapacidad Temporal, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: “La Licencia por maternidad de la Trabajadora”, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pags. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).

- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiara tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., “Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs..762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa formula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en: “Mujer, Trabajo y Seguridad Social” Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: “Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ...”

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. “... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...”.

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutaban a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son los que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante, ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple , debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre.(Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11ª atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sánz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículo 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ...*“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.

- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.

- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutan del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutan del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rija la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

- B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

- Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.
- Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.
- Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.
- Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.
- Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, Tribuna Social núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” Actualidad Laboral número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, “Luis Ángel Arango”,
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción.....	9
2.7 Maternidad por acogimiento.....	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.....	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia.....	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.....	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer está interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont, expuso lo siguiente: *“El libro VI, título X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha visto envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ...”

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., “Historia y Geografía de Colombia”, Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, “*Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere*”.

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., "Regímenes de Salud en Colombia", Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el "derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias",

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

"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."

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancurt el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional
- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: "... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *"... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ..."

⁶⁸ Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *"... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ..."*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: *"La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ..."*.

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciabile,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultanea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista"; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma "... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiarias de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ..."

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimotóricos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

“... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...”.

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29. *"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad"*.

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...”* *“Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pags. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).

- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., “Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos", en: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social" Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: "Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ..."

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. "... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...".

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutan a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante, ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple , debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre.(Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11^a atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sáenz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ... *“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rijan la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliarse a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

- B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.

Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.

Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.

Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.

Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, Tribuna Social núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” Actualidad Laboral número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, “Luis Ángel Arango”,
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción.....	9
2.7 Maternidad por acogimiento.....	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.....	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia.....	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, titulo X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ...”

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., “Historia y Geografía de Colombia”, Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, “*Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere*”.

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., "Regímenes de Salud en Colombia", Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el "derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias",

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

"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."

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancurt el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional

- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., “Los 15 años de la ley 100”, Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: *“... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.*

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el “gasto de bolsillo” entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ...”

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *"... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ..."

⁶⁸ Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *"... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ..."*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: "*La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ...*".

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultanea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista"; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma "... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costeaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiaras de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ..."

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimetabólicos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., "Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo", Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

"... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...".

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29.
"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad".

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

“... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...”.

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pags. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).
- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
“... *Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...*”.

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., “Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...”.

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs..762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa formula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en: “Mujer, Trabajo y Seguridad Social” Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: “Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ...”

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. “... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...”.

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutan a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante , ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple , debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre.(Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11ª atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sánz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ... *“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,”, Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rijan la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciere Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

- B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.

Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.

Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.

Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.

Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.

Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.

Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, *Tribuna Social* núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” *Actualidad Laboral* número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., “Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., “Mutualismo y Economía Solidaria”, Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., “Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres”, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., “Valores Constitucionales y Seguridad Social”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., “La Seguridad Social en Colombia”, Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993”, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, “Luis Ángel Arango”,
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción	9
2.7 Maternidad por acogimiento	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.....	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.....	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... El trabajo es una maldición divina", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, título X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ...”

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., “Historia y Geografía de Colombia”, Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, “*Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere*”.

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el “derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias”,

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

“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.”

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancurt el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional
- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: "... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *"... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ..."

⁶⁸ Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *"... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ..."*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., “Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres”, Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: “*La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ...*”.

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultánea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: “La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma “... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscritas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiarias de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscritas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

*“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.*¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... *Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:*

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”.

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ..."

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimetabólicos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

“... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...”.

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiendo por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29.
"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad".

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ...".

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, pags. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).

- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. "Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

"Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...".

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs..762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa formula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en: “Mujer, Trabajo y Seguridad Social” Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: “Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ...”

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. “... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...”.

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciabile de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutan a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante , ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto,(doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre. (Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los párrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descanso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11^a atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sáenz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo”, 1999.

³³⁰ Rojas A., “Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada”, Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

“... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección”...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo
"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ...*“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rijan la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

- Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.
- Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.
- Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.
- Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.
- Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., "Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género", Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho", Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., "La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: "Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social" RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, *Tribuna Social* núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” *Actualidad Laboral* número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango",
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net



Universidad de Alcalá

Facultad de Derecho

Departamento de Derecho Privado

Tesis Doctoral

“La Protección por Maternidad en los Sistemas de Seguridad Social
de Colombia y España”

Presentada para optar al grado de Doctor por:

Adriana María Buitrago Escobar

Dirigida por:

Prof. Dr. D. José Manuel Del Valle Villar

Prof. Dr. D. José Eduardo López Ahumada

Alcalá de Henares, 2013.

A mi Madre, Ayda Ruth Escobar, ejemplo permanente de lucha y constancia, de profesionalidad y entusiasmo.

AGRADECIMIENTOS.

Quiero agradecer primordialmente a Dios, porque sin él, nada sería posible, y porque me ha permitido culminar una etapa más en mi desarrollo académico, profesional y personal.

A los Profesores D. José Manuel Del Valle, y D. José Eduardo López Ahumada, por su inigualable e impagable dedicación, paciencia y apoyo permanente en la realización de esta investigación, quienes a lo largo de este tiempo siempre han tenido palabras de ánimo para mí, sin dejar de aplicar su mano férrea en las correcciones que debía hacer.

A mi familia en general, y especialmente a mi madre, Ayda Ruth, por haber sido el motor que me ha mantenido perseverando para avanzar profesional y personalmente, y porque su apoyo y el de mis hermanos Ana María, Jorge Luis, Mario Andrés y José M., ha sido fundamental para mí, en todo momento.

A mi tía Nhora, por su constante preocupación e interés en mí y en mis proyectos.

A mi novio Pablo, por la paciencia, el cariño, y el apoyo incondicional que han sido vitales en todo momento, para no desfallecer en este proyecto a pesar de las adversidades.

A Piedad Martín, por su cariño y apoyo permanente, y sobre todo por creer siempre en mí y haberse convertido en mi segunda madre, en este país.

A todos mis amigos y amigas, que en presencia y en la distancia, me han brindado palabras de aliento para llegar a la meta, en especial a Diana Jimena, que ha sido un pilar inigualable para mí, especialmente durante mi estancia en España.

A todos, mil gracias.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.....	3
2 PRECISIONES CONCEPTUALES.....	6
2.4 Maternidad.....	6
2.5 Maternidad Biológica.....	7
2.6 Maternidad por Adopción	9
2.7 Maternidad por acogimiento	10
2.7.1 La Tutela.....	10
2.7.2 La Curatela.....	11
2.7.3 La Defensoría Judicial.	11
2.8 Maternidad por Acogimiento en España.....	11
2.8.1 Simple.....	12
2.8.2 Permanente.....	12
2.8.3 Preadoptivo.....	12
2.9 Prestación Social.....	13
2.9.1 Subsidio.....	13
2.9.2 Subsidio por Maternidad.....	14
3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO	14
3.4 Leyes de Indias.....	15
3.5 Sistema Esclavista.....	16
3.6 Sistema Feudalista.....	16
3.7 Sistema Capitalista.....	17
CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO.....	23
1.1. Evolución legislativa de la licencia por maternidad en Colombia	25
1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.....	27
1.2. Normativa Aplicable.....	63
1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo.....	63

1.3. Ámbito de Aplicación.	68
1.4. Beneficiarios.	69
1.5. Finalidad.	71
1.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Colombiano	73
1.6.1 Régimen Contributivo	75
1.6.2 Régimen Subsidiado.	89
1.7. Relaciones entre Licencia por Maternidad, Licencia por Calamidad Doméstica, Licencia por Luto y Licencia por Muerte del Bebé.	95
1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.	95
1.7.2 Licencia por Luto.	101
1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.	103
CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL	107
2.1. Evolución Legislativa de la Licencia por Maternidad en España.	109
2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España	113
2.2. Normativa Aplicable.	147
2.3. Ámbito de Aplicación	154
2.4. Beneficiarios.	156
2.5. Finalidad.	165
2.6. Niveles de Protección del Sistema de Seguridad Social Español.....	179
2.6.1 Nivel contributivo.	180
2.6.2 Nivel no contributivo.	208
2.7. Renunciabilidad a la licencia por maternidad en las normativas colombiana y española.....	220
2.8. La prestación económica por maternidad en la adopción y acogimiento en las legislaciones de colombia y españa.....	222
2.9. El requisito de la convivencia en la adopción.....	224
2.10. El Disfrute de la Licencia de Maternidad	230
2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.....	230
2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.....	230
CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.	239

3.1. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en Colombia.....	241
3.2. Regímenes Especiales de la Seguridad Social en España.....	249
3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).	257
3.3. La Licencia por Maternidad en las Asociaciones Mutuales de Previsión Social en Colombia.	261
3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.	264
3.5. La Prestación por Maternidad en las Mutualidades de Previsión Social en España.....	270
CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	277
4.1. El Fuero por Maternidad en la Legislación Colombiana.....	280
4.2. La Estabilidad Reforzada en el Empleo o Fuero por Maternidad en la Legislación Española.	297
4.3. El Fuero por Maternidad en los Convenios de la OIT.	303
CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/ NEGOCIACIONES COLECTIVAS.....	309
CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.	325
CONCLUSIONES.....	335
BIBLIOGRAFÍA	351

INTRODUCCIÓN.

1 LA MATERNIDAD Y EL DERECHO SOCIAL.

La protección por la maternidad se ha convertido con el pasar de los años en una prioridad para la Organización Internacional del Trabajo OIT, que viene incitando continuamente a sus países miembros para fomentar dicha protección, mejorando los niveles de protección y garantizando tanto el tiempo de disfrute de la licencia para el restablecimiento de la salud de la madre, como la inserción del menor, como nuevo integrante de la familia.

El artículo 53 de la Constitución Política de Colombia consagra los principios mínimos fundamentales que otorga la ley, entre los cuales se encuentra la protección especial a la mujer y a la maternidad. Tal protección a la mujer, se ha interpretado de diversas formas, pero siempre en el sentido de no admitir la discriminación y el tratamiento injustificado de la mujer, especialmente cuando se encuentra en estado de gravidez.

La protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en ambos ordenamientos constitucionales (tanto en la Constitución de Colombia, como en la de España). Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual se establece esa cláusula específica de igualdad, y se agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste un subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”. Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena en favor de la mujer embarazada es en primer término, un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, por lo cual la Carta Política Colombiana de 1991 estableció, como la Corte ya tuvo la oportunidad de destacarlo, que esta condición natural y especial de las mujeres,

“que por siglos la colocó en una situación de inferioridad, sirve ahora para enaltecerla”.¹

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo. En efecto, si bien, conforme a la Constitución Política, todos los trabajadores tienen un derecho general a la estabilidad en el empleo, existen casos en que este derecho es aún más fuerte, por lo cual en tales eventos cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada.

Como es de conocimiento generalizado desde hace mucho tiempo ambas legislaciones han venido expidiendo medidas de amparo y protección a la mujer embarazada, no sólo desde el punto de vista de las prestaciones asistenciales, como los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos, antes y después del parto sino con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas, que han significado mecanismos protectorios que salvaguardan valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos mundialmente en convenios y recomendaciones internacionales, suscritos y aceptados por los Gobiernos de Colombia y España.

Según un informe de la OIT², desde la adopción en 1952 del Convenio número 103 sobre protección de la maternidad, los Estados miembros han logrado un avance considerable en la concesión de prestaciones por maternidad a las

¹ Sentencia C - 470 de septiembre de 1997 la Corte Constitucional Colombiana, en la cual, la Corte señala expresamente: *“...Por el suceso de la mujer estar embarazada tiene un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, pues una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual 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...”*

² OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Informe. En: Revista de la Oficina Internacional del Trabajo. Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998, p. 15-19.

La revista Trabajo se publica cinco veces al año por la Oficina de Información y Prensa de la OIT en Ginebra. También se publica en alemán, árabe, chino, checo, danés, eslovaco, español, finés, francés, hindi, húngaro, inglés, japonés, noruego, ruso y sueco.

Esta revista no constituye un documento oficial de la OIT. Las opiniones expresadas no reflejan necesariamente el punto de vista de la OIT. Las denominaciones utilizadas no implican la expresión de ninguna opinión por parte de la OIT sobre la situación jurídica de ningún país, área o territorio, ni sobre sus autoridades o sobre la delimitación de sus fronteras.

mujeres trabajadoras. Sin embargo, todavía no está asegurada una cobertura universal a todas las trabajadoras. Aunque la vasta mayoría de países en el mundo conceden por ley una licencia retribuida de maternidad y muchos otros ofrecen prestaciones sanitarias y protecciones del empleo, la distancia entre la ley y la realidad sigue siendo enorme. Los modelos de protección son desiguales y dan lugar a que algunas mujeres disfruten de buenas prestaciones, mientras que otras están total o parcialmente desprotegidas. Las que tienen menor protección son las que trabajan en la agricultura, las empleadas de hogar, las que trabajan en casa y las trabajadoras “a tiempo parcial”.

Aunque se han generalizado las prestaciones, los avances logrados no han podido resolver hasta el momento el problema fundamental que afronta la mayoría, sino la totalidad, de las trabajadoras en alguna etapa de su vida profesional: desigualdad de trato en el empleo debido a su función reproductora.

Además, en muchos países, entre los que se encuentran Colombia y España, los ingresos de las mujeres son fundamentales para la supervivencia de las familias. De hecho, su trabajo es la principal fuente de ingresos para un 30 por ciento de los hogares de todo el mundo. En Europa y Estados Unidos, el 59 y el 55 por ciento de las trabajadoras, respectivamente, aportan la mitad o una proporción incluso mayor de los ingresos del grupo familiar. En la India, se estima que 60 millones de personas viven en hogares mantenidos únicamente por mujeres. En algo más de 10 años, el 80 por ciento de las mujeres de los países industrializados y el 70 por ciento de las mujeres de todo el mundo estarán trabajando fuera del hogar durante el período de procreación y educación de los hijos.

Es así como, la mujer ha venido tomando mayor importancia en el mundo del trabajo y por ende, la necesidad de un trato laboralmente ecuánime y la garantía de unas condiciones laborales dignas y justas, implican que la protección a la maternidad sea un tópico fundamental en las mesas de gobierno, que se garantice la estabilidad en el trabajo, y que se tomen las medidas legales

necesarias para que la facultad reproductiva de la mujer, no interfiera en su estabilidad laboral ni en la posibilidad de discriminación al respecto.

2 PRECISIONES CONCEPTUALES.

Antes de comenzar con el análisis de los ordenamientos jurídicos de Colombia y España conviene hacer algunas precisiones conceptuales para la mejor comprensión del tema a tratar.

2.4 Maternidad.

“Dícese del estado o cualidad de madre”. Así lo señala el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española³. Esta expresión, de hecho, puede abarcar varios aspectos. Como son el psicológico, el moral, el social, el afectivo, el médico-biológico, etc. Se define también la “maternidad” como la condición de la mujer, que ha tenido un hijo.

Desde la perspectiva jurídica general, la definición de maternidad podría ser la de todo el conjunto de acciones realizadas a favor de la mujer en época de gestación, nacimiento de la nueva persona, cuidados posteriores y atención y ayuda al nacido. Es decir: concepción, embarazo, parto, crianza y desarrollo.

En conclusión, la expresión, Maternidad, en su justo y positivo sentido, viene siendo usada para designar un conjunto de condiciones de salud para las madres gestantes.

A comienzos del siglo XXI la maternidad, vive una redefinición y proceso de desmitificación ante la cada vez más creciente inserción de las mujeres en la

³ Web Oficial de la Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

economía y la política, el control natal y la reproducción asistida, entre otros factores.⁴

Diversos especialistas reiteran que la maternidad es un concepto social que varía según los tiempos. La antropóloga Marta Lamas, autora de diversos ensayos sobre el tema, explica que la maternidad se refiere a "la capacidad específicamente femenina para gestar y parir".⁵

En ese orden de ideas, coexiste, junto a la maternidad biológica, la maternidad por adopción y por acogimiento⁶.

2.5 Maternidad Biológica

La maternidad biológica hace referencia, a aquel periodo, que incluye tanto el parto, el parto, como el puerperio.

⁴ Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002, págs 32 y ss., en su texto indica que:

"... Desde fines del siglo XIX se produjeron una serie de cambios en diversos órdenes que modificaron radicalmente el lugar de la mujer en la sociedad. Descubrimientos del orden científico y tecnológico permitieron la disminución de la mortalidad y el control de la natalidad. Ambos medios subvirtieron el orden establecido, ya no era más el hombre quien comandaba el cuerpo de las mujeres sino que empezaron a ser ellas quienes decidían por sí mismas".

⁵ Lamas, M. "Antropología y Sociedad", Ed. Azteca, México, DF, 2004, págs. 23 a 28. : *"... Las pujantes transformaciones del concepto de maternidad del siglo XX ponen en jaque la estructura patriarcal que dominaba no sólo la familia sino la política, el derecho y la cultura. Es importante que definamos que entendemos por patriarcado: "una estructura básica de todas las sociedades contemporáneas. La cual se caracteriza por la autoridad, impuesta desde la institución, de los hombres sobre las mujeres y sus hijos en la unidad familiar".*

⁶ West, R., "Género y teoría del derecho" Ed. Uniandes, Pensar, siglo del hombre, Bogotá, 1998., págs. 112 y ss.:

El libro Género y teoría del derecho de Robin West contiene, además del trabajo central del autor, una presentación de Diego Eduardo López Medina y un artículo titulado "La crítica feminista al derecho", de Isabel Cristina Jaramillo.

West presenta las intenciones de su texto, que tiene como punto de partida lo que se entiende en el campo del derecho por "ser humano", examinando de modo especial la denominada "tesis de separación" y su relación con el feminismo cultural y el feminismo radical.

Así mismo, West hace algunas distinciones fundamentales sobre feminismo y sobre su relación con el derecho, que sirven como base para la comprensión del texto al que precede. El propósito de su publicación es exponer la relación entre el feminismo y el derecho a la luz de su complejidad y riqueza, haciendo la salvedad de que su estudio se refiere específicamente a los debates teóricos y políticos y a las características del movimiento feminista en general.

El preparto, se refiere al periodo previo al parto. Puede durar como máximo tres días. Es el periodo de actividad uterina creciente y que corresponde a las últimas semanas anteriores al parto, tiempo en el cual, la mujer requiere de mayor cuidado, y descanso, a fin de generar condiciones óptimas para sí misma y para su bebé. Lo anterior justifica, que el legislador, deje elegir a la madre, si desea iniciar el disfrute de las semanas de descanso, en este momento gestacional.⁷

El parto, se define como el fenómeno que ocurre al final del embarazo y que termina con el nacimiento del bebé y la expulsión de la placenta, y constituye el momento crucial tanto para la madre como para su hijo, Este suceso, puede tener una duración máxima de 30 horas.

El puerperio, es el tiempo que transcurre desde el parto hasta la recuperación de los cambios gestacionales. Dura aproximadamente unos 40 días. En este tiempo, la mujer vuelve a la situación anterior al embarazo. Y su importancia radica, en el restablecimiento morfológico normal, de la madre. En este lapso, la mujer precisa mayor descanso, lo que hace igualmente obligatorio que el disfrute de mínimo seis de las semanas de la licencia de maternidad previamente concedida, se materialice inmediatamente después del parto.

Este tipo de maternidad tiene mayor protección por parte del ordenamiento jurídico y contiene además de la prestación de tipo económica, el derecho al descanso posterior al parto con carácter obligatorio.

⁷ Cook, R.; Dickens, B., "Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho" Ed. PROFAMILIA, Bogotá, 2003, págs. 19 a 31.:

"... La maternidad compromete la salud de las mujeres e infortunadamente son muchas las mujeres que en Colombia y en el mundo siguen muriendo por causa del embarazo y del parto. Estas muertes maternas pueden prevenirse en muchos casos, pues obedecen a situaciones de pobreza, marginación, falta de información acerca de los métodos anticonceptivos seguros y eficaces, carencia de recursos para una alimentación adecuada ..."

2.6 Maternidad por Adopción

La definición de “adopción” que propone el Código Civil Colombiano, en el artículo 269⁸, establece la adopción como el “*prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de hijo, del que no lo es por naturaleza*”⁹. Al sentir de varios tratadistas colombianos, el sentido de esta norma era favorecer a los menores quienes carecían de padres. Actualmente, la norma ha encontrado su esencia, en cuanto a la necesidad de armonizar el nuevo núcleo familiar que se constituye con la adopción.

Actualmente y según el Código del Menor, en su artículo 88, la adopción es principalmente y por excelencia “*una medida de protección*”, vale decir, que con la adopción el Estado Social de Derecho pretende dar una especie de resguardo a ciertas personas que en razón de su edad y de su manifiesto estado de indefensión, carecen de protección y defensa.

En caso de maternidad por adopción, el disfrute de la licencia, se puede iniciar en la fecha de la resolución de adopción, ya que con ello se pretende que tanto los

⁸ Código Civil Colombiano, “TÍTULO XIII De la adopción.

ARTS. 269 a 287.—Subrogados. L. 5ª/75. Derogada. D. 2737/89, art. 353.

NOTA: El Decreto 2737 de 1989, conocido como “Código del menor”, reglamentó lo concerniente a la adopción en los artículos 88 a 127, los cuales se transcriben a continuación. Conc.: L. 47/87.

DEFINICIÓN DE ADOPCIÓN D.E. 2737/89.

ART. 88. La adopción es, principalmente y por excelencia, una medida de protección a través de la cual, bajo la suprema vigilancia del Estado, se establece de manera irrevocable, la relación paterno-filial entre personas que no la tienen por naturaleza. Son aplicables a los compañeros permanentes que desean adoptar el hijo de su pareja”.

⁹ Código Civil Colombiano, art. 269, Edit. Leyer, Bogotá, 2002.

“ARTÍCULO 269. Podrá adoptar quien siendo capaz, haya cumplido 25 años, tenga 15 más que el adoptivo y se encuentre en condiciones físicas, mentales y sociales hábiles para suministrar hogar a un menor de 18 años.

Texto modificado por la Ley 140 de 1960:

ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento o admisión como hijo de quien no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama adoptante; y aquel en cuyo favor se hace, adoptivo o adoptado.”

Texto original del Código Civil:

“ARTÍCULO 269. La adopción es el prohijamiento de una persona, o la admisión en lugar de (sic) hijo, del que no lo es por naturaleza.

El que hace la adopción se llama padre o madre, hijo adoptivo o simplemente adoptivo o adoptado.”

padres adoptantes, como el hijo adoptado, se preparen para la articulación de la nueva familia.

2.7 Maternidad por acogimiento

La legislación colombiana no reconoce la maternidad por acogimiento, a diferencia de la española, que además de reconocerla, le otorga las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, por su parte, las figuras jurídicas que se crearon para los hijos desamparados, son tres, la tutela, la curatela y la defensoría judicial.¹⁰

La tutela, la curatela y la defensoría judicial son las tres instituciones de guarda y protección legal que existen en el ordenamiento colombiano y cumplen la función de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres (porque, por ejemplo, han fallecido) y de los incapacitados.

2.7.1 La Tutela

Se constituye sobre menores e incapacitados en los casos de incapacidad más grave.

La tutela puede ser definida o conceptuada como el poder concedido por la ley sobre la persona y bienes o solamente sobre unos u otros de un menor o incapacitado, en beneficio y para su proyección, bajo control judicial.

¹⁰ Código Civil Colombiano. Artículo 428: *“Definición de Tutelas y Curatelas: Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse a sí mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.”*

“Artículo 274. “... La adopción requiere el consentimiento de los padres. Si uno de ellos faltare según lo previsto en los artículos 118 y 119, será suficiente el consentimiento del otro.

A falta de los padres, será necesaria la autorización del guardador. En su defecto, ésta será dada por el defensor judicial o de menores y, en subsidio, por la institución de asistencia social debidamente autorizada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar en donde se encuentre el menor...”

2.7.2 La Curatela

Es una figura jurídica mucho menos frecuente, sujeta a los menores que ya están emancipados y no tienen padres, los pródigos (declarados incapaces para administrar sus bienes) y los afectados por una incapacidad leve, siendo necesaria la asistencia del curador para que puedan realizar determinados actos concretos.

La sentencia judicial de incapacidad determinará, en función del grado de entendimiento del menor o incapaz, el régimen de tutela o curatela al que debe quedar sujeto.

2.7.3 La Defensoría Judicial.

Interviene en aquellos casos en los que legalmente se presume que existe el riesgo de que las personas que ostentan la patria potestad, tutela o curatela, velen más por sus propios intereses que por los de aquellos a quienes protegen (por ejemplo, en los casos en los que existe un conflicto de intereses en el reparto de los bienes de una herencia)

A pesar de que la ley colombiana prevé a través de la tutela, la curatela y el defensor judicial, mecanismos idóneos para la protección de los hijos en situación de desamparo o indefensión, no consagra una licencia de maternidad en estos casos.

2.8 Maternidad por Acogimiento en España.

De otro lado, la legislación española, se refiere al acogimiento familiar como un recurso social pensado para menores que, por diversas circunstancias, no pueden vivir o no es conveniente que vivan con su familia. Por medio de este recurso son atendidos, durante un cierto tiempo, por otro núcleo familiar.

En muchos casos estos menores son acogidos por personas de su propio entorno familiar (abuelos, tíos...). Se utiliza en esta situación el término de “Acogimiento en Familia Extensa”. Sin embargo, otras veces, los menores no tienen familiares que puedan acogerlos con unas mínimas garantías de cubrir sus necesidades básicas. Entonces se recurre a familias, que voluntariamente, se ofrecen a ello.

Con este recurso se pretende ofrecer a estos menores, un ambiente familiar acorde con sus necesidades afectivas y formativas, con el fin de evitar, en lo posible, internamientos innecesarios.

Si bien en algunos casos o circunstancias el acogimiento residencial es el recurso más adecuado, en general se considera que la familia es el medio natural para el crecimiento y el bienestar de los niños.

La legislación vigente establece tres tipos de Acogimiento Familiar:

2.8.1 Simple.

Tiene un carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevé la reinserción de éste en su propia familia, bien porque se recurre a él mientras se adopta otra medida de protección con un carácter más estable. Su duración dependerá de la situación concreta pero en todo caso es un acogimiento.

2.8.2 Permanente.

Ofrece a la niña o niño una vida familiar estable, durante el tiempo que sea preciso, normalmente hasta su mayoría de edad o independencia.

2.8.3 Preadoptivo.

Es el periodo de convivencia que se establece antes de formalizar la propuesta de adopción.

El acogimiento SIMPLE y PERMANENTE pueden realizarlo tanto familiares del menor (acogimiento en familia extensa) como familias que voluntaria y solidariamente se brindan a colaborar con la Administración en esta tarea de protección de menores.

Los distintos tipos de acogimiento, así como su carácter y otros conceptos importantes relacionados como el desamparo, la tutela, la guarda y custodia, etc. están regulados en el Código Civil el cual fue modificado en esta materia mediante la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de Modificación Parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Respecto a la licencia por maternidad, en caso de acogimiento familiar, al mismo se aplican las mismas previsiones que a la adopción, es decir, se puede igualmente disfrutar de las semanas de descanso remunerado con la finalidad de armonizar y facilitar la inserción del menor al nuevo núcleo familiar.

2.9 Prestación Social.

En su más simple definición, una prestación social es *“La que la seguridad social u otras entidades otorgan a favor de sus beneficiarios, en dinero, o en especie, para atender situaciones de necesidad”*¹¹. Y es precisamente esa sencilla definición de prestación social, la que explica el carácter y contenido de la licencia de maternidad, por ser esta una prestación social legalmente reconocida.

2.9.1 Subsidio.

La Real Academia Española, define el término *“Subsidio”*, como *“La prestación pública asistencial, de carácter económico y duración determinada”*.

¹¹ www.rae.es

2.9.2 Subsidio por Maternidad.

El subsidio por maternidad, es la remuneración por el permiso laboral, del que pueden disfrutar las mujeres, tras el parto o los trabajadores, tras la adopción

Este subsidio, se reconoce a todos los trabajadores, a fin de que disfruten los periodos de descanso laboral legalmente establecidos, en los supuestos de maternidad biológica, adopción y acogimiento familiar.

El subsidio por maternidad (o paternidad) permite a los padres quedarse en casa con sus hijos recién nacidos, dicho subsidio pasa a ser el permiso de lactancia, que permite a los padres disfrutar de un tiempo adicional y remunerado con sus hijos durante el primer año de vida del niño.

3 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA MATERNIDAD EN EL MERCADO DE TRABAJO

La maternidad, en su estricto sentido, requiere ser ubicada dentro de un contexto histórico, para puntualizar desde cuando se puede hablar de protección a la mujer trabajadora en estado de embarazo, antes, durante y después del parto, y así aproximarnos a los diferentes campos de regulación normativa aplicables al tema de estudio.

El trabajo de la mujer en el mercado laboral depende del contexto socio-cultural donde se desarrolla. Por ello, es imperativo estudiar este tema en todas sus dimensiones y tornarlo contemporáneo a los nuevos paradigmas de los cambios sociales, económicos y políticos¹².

¹² Gisbert Grifo, M., "Evolución de la Mujer en la Sociedad y en el Mundo Laboral en el Siglo XX. Realidad Actual de la Mujer en España", Ed. Universidad Menéndez Pelayo, Santander, 2007, págs. 2-16. Señala que: "... *El trabajo es una maldición divina*", así se recoge en textos de muchas civilizaciones antiguas y solo se justifica por la necesidad de proveerse del sustento y cubrir otras parcelas de la vida de las personas, impidiendo, además, al ser humano dedicarse a labores más superiores del pensamiento, el arte o la filosofía. Pero, por otra parte, también sabemos que el trabajo "dignifica" y sirve para realizarnos como personas y para trascender por encima de lo material.

La evolución del trabajo de la mujer esta interrelacionado con los cambios de la sociedad. La historia, así lo demuestra: casi todos los grupos humanos han establecido normas y pautas que garantizan el trabajo de la mujer. Desde la más remota antigüedad, las labores atribuidas a cada uno de los sexos han tenido un carácter propio. Ha existido, pues a través de los tiempos, una división del trabajo impuesta por la misma condición humana¹³.

3.4 Leyes de Indias.

Es preciso, referirnos a las primeras legislaciones, que intentaron proteger a la mujer trabajadora en estado de embarazo, tales como las Leyes de Indias, y al respecto, el doctrinante Francisco Lafont,, expuso lo siguiente: *“El libro VI, titulo X, ley XV de la recopilación de leyes de Indias prohibía que ninguna india casada puede servir en casa de Español, ni a esto sea apremiada si no sirviera en ella su marido” o que prohíbe “sacar indias de los pueblos para que sean amas de leche de un hijo de Español”*¹⁴.

En esta doble faceta de trabajo-necesidad y trabajo-realización, se ha vista envuelta la mujer, con muchas dificultades que el hombre, ya que, partiendo de una desigualdad total, percibida como lógica y asumida durante mucho tiempo por las propias mujeres (han sido “seres sin alma” para algunos maestros escolásticos), se ha llegado a la situación actual en la que existe una igualdad formal aunque la realidad social es bastante distinta”...

¹³ Diduck, A., “Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad”, en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3,Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 101-115.

En su texto resalta la importancia de la mujer, y la complejidad de los roles que la misma ha desempeñado a lo largo de la historia, y a cerca de la maternidad señala que:

“... La maternidad se convierte en la exigencia social que da sentido a la vida de la mujer, el eje de la subjetividad femenina, de su identidad genérica y personal. Esto ha llegado a extenderse más allá del rol maternal específico y se extrapola a vínculos, de otra naturaleza, en los que la mujer reproduce una relación maternal. A partir de esto, se le atribuyen valores como la sensibilidad, expresividad, prudencia, nobleza, receptividad y en su caso se acentúa más la orientación hacia los demás como si su identidad se encontrara más conectada a la relación con los otros, muy dependiente de lo cultural exigido y de la protección masculina. Su comportamiento y su poder se expresan en el plano afectivo y en la vida doméstica ...”

¹⁴ Lafont Pianeta, P., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fé de Bogotá, 1999, págs.21 a 27. En su texto, hace alusión a los inicios del derecho del trabajo, y del papel de la mujer en el mercado laboral, y cómo ésta ha venido conquistando territorios de trabajos, que se eran exclusivos de los hombres.

El trabajo es, fue, y será el motor fundamental en el desarrollo de cualquier país o sociedad. Desde la aparición del hombre sobre la tierra, existe una trascendental pero desconocida importancia de la mujer para la estabilidad y armonía familiar y para el desarrollo de la sociedad en sus tres principales formas históricas del trabajo:

3.5 Sistema Esclavista.

Bajo este sistema, el trabajo de la mujer se basa en la dependencia absoluta de su amo, etapa histórica de la antigüedad, caracterizada fundamentalmente porque, las relaciones de producción se fincan en la propiedad de los medios productivos, que, por parte del esclavista se constituye básicamente por la fuerza de trabajo, esto, es el esclavo.

La tierra, los aperos de labranza y el esclavo son poseídos y usados por el esclavista o amo, hasta su agotamiento. La mujer hace parte de esa fuerza de trabajo y su labor aunque diferenciada de la que realizaban los hombres esclavos, era también vital en la producción de la riqueza.

3.6 Sistema Feudalista.

En el sistema feudalista, caracterizado por el servilismo, supeditación al señor feudal. Las mujeres realizaban los mismos trabajos que los hombres, Al estar una sociedad básicamente rural, la mujer ayudaba en las faenas del campo, con el resto de su familia.

Había trabajos destinados especialmente a las mujeres como eran el hilado, o el horneado y en estos casos, la mujer poseía un sueldo menor al del hombre que desempeñara la misma labor.

Pedro Lafont Pianeta, es un reconocido doctrinante colombiano, ex magistrado de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, Profesor Universitario de Derecho Laboral Individual y Colectivo, Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones.

No se habla expresamente de protección a la maternidad en este sistema, pero se deduce de la historia universal, que aunque no había un descanso remunerado, a la mujer no se le obligaba a trabajar ni a realizar esfuerzos físicos que pusieran en riesgo la vida de su hijo.

3.7 Sistema Capitalista.

En el sistema capitalista, la fuerza de trabajo tiene un precio. La relación empleador trabajador es regulada por la ley. Y la mujer goza de la protección del Estado tanto en asistencia sanitaria, como en el disfrute del descanso remunerado y obligatorio, así como también, cuenta con la estabilidad laboral reforzada, que le garantiza su reintegro al puesto de trabajo, una vez se encuentre totalmente restablecida del parto.

Sin embargo, el perfeccionamiento de los medios de producción desarrollado a partir de la revolución industrial, disminuyó notablemente el campo de acción humana en las actividades industriales, puesto que, las máquinas desplazaron en una proporción significativa, la mano de obra y energía humana, que constituían la fuerza de trabajo, situación que no afectó solamente a la mujer, ya que los hombres también se vieron ampliamente perjudicados con los avances industriales y en consecuencia se suprimieron puestos de trabajo, que fueron reemplazados por maquinaria industrial.

A partir de este momento, la mujer ha ocupado un lugar en las actividades más diversas, llegando a desplazar de ellas, en muchos casos, a los elementos del sexo masculino¹⁵.

¹⁵ Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de riesgos laborales", Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander junio 2007, págs. 8 a 23.

"... La incorporación de las mujeres al mundo laboral queda reflejada en las diferentes estadísticas nacionales e internacionales; éste es el caso del informe que efectuó la Comisión de las Comunidades Europeas (CCE), en 1992, sobre el lugar que ocupa la mujer en el Mercado Laboral de la Comunidad Europea. Se observa que el índice de actividad profesional femenino se encuentra en constante aumento en tanto que el índice de actividad masculino disminuye o se estanca, lo que confirma las tendencias detectadas durante la década de los setenta.

El fundamento de este tratamiento proteccionista radica precisamente en la consideración con el sexo.

En Colombia, a partir de 1938, se puede hallar evidencia de una importante presencia femenina en la naciente clase obrera, especialmente en la rama manufacturera.

Por las diversas fuentes se sabe que los trabajos femeninos en los inicios de la industria eran una prolongación de la economía familiar, todavía centrada en la agricultura¹⁶.

Así como en Europa un siglo antes, en Colombia los jefes de familia enviaban a sus hijas, y también a sus hijos jóvenes, primero al servicio doméstico y luego a las nacientes manufactureras, con el fin, de abaratar costos y allegar más ingresos a la economía familiar.

Sectores tradicionales, como la agricultura, la minería y el artesanado, siguieron siendo actividades predominantemente masculinas. En cambio, las nuevas industrias tendían a abastecerse de mano de obra femenina en sus primeras fases.

Las familias campesinas o artesanas, con hijas mujeres, iniciaban sus relaciones laborales con los industriales, quienes se beneficiaban, pues contrataban una mano de obra joven, que estaba disponible para aprender el oficio y a la que pagaban considerablemente menos que a los varones adultos. Situación que fue

Esta constante evolución en todos los países europeos se debe, en gran parte, al aumento de la actividad de las mujeres entre los 25 y los 49 años, es decir, al aumento de las mujeres jóvenes, la mayoría madres de familia, quienes han incrementado su participación en el mercado de trabajo.

En general, el aumento de actividad femenina en Europa es el acontecimiento que ha imperado en la década 1980-90 y que más destacó, como un fenómeno generalizado, relacionándose con la mejora del nivel de instrucción y de formación de la mujer, que se manifiesta en todos los países. ...”

¹⁶ Rodríguez Márquez, J., “Historia y Geografía de Colombia”, Ed. Planeta, Bogotá, 1999, págs. 121-123.

En su libro, el autor señala la importancia del conocimiento de la historia del país, “*Para reescribirla de forma más elaborada y sin reincidir en los puntos que marcaron la decadencia en lo que a seguridad nacional se refiere*”.

denunciada continuamente por los periódicos obreros de la época, sin que la problemática trascendiera.

El escritor Luis Tejada¹⁷, cronista, periodista y político colombiano, decía que “... *los patrones preferían a las mujeres, pues las asimilaban a bestias de carga que no poseían derechos ni necesidades, ni siquiera sensibilidad humana; que nacieron solo para trabajar y sufrir y que por eso lo más natural es conseguir de ellas todo el trabajo posible. Pero bien pronto se darían cuenta los empresarios de que la mano de obra femenina no era tan dócil como suponían, y que resultaba necesaria en determinados tipos de trabajos*”.

La decidida participación de ellas en los movimientos de protesta, sería el inicio de una lucha social, por el reconocimiento de la labor femenina, en el sector productivo de la economía.

En las ramas como las de trillado de café, procesamiento de tabaco, alimentos y textiles, la mano de obra femenina fue mayoritaria, especialmente en las ciudades del interior. En 1929 en Medellín, por ejemplo, las mujeres eran quienes constituían el 72% en las fábricas de tabaco. En promedio, las mujeres eran el 68% de la fuerza laboral manufacturera de la ciudad. Los testimonios así lo corroboran.

En aquella época, habían, muchas más mujeres que hombres, trabajando en las fabricas textiles.

¹⁷ Tejada Suárez, L., “Crónicas de la Economía Política de Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, 1999, págs. 45 y ss.

Luis Tejada Suárez, se dedicó a escribir sobre la incipiente modernización colombiana de comienzos del presente siglo. Este proceso, caracterizado principalmente por el crecimiento urbano, el auge del desarrollo industrial y las novedades del progreso tecnológico, aparece con sus matices y contradicciones en las crónicas del escritor antioqueño. Y si bien el horizonte temático de sus columnas en el periódico El Espectador no puede ser más diverso, la perspectiva es siempre la misma: de avanzada. A pesar de su muerte prematura a los 26 años, Tejada fue el principal promotor de las ideas de vanguardia en Colombia, dada la notoriedad que alcanzó como uno de los periodistas más leídos de la época. En sus apreciaciones sobre lo rural y lo urbano es donde primero se advierte en Tejada una percepción moderna de la realidad, distinta a la visión señorial y provinciana propia de la época.

Los hombres vinculados a esas industrias, en un principio, se encargaban de los trabajos que requerían más fuerza física, o que eran mirados como oficios más calificados, o que eran mejor remunerados. En el caso de la industria cervecera, además del a mano de obra femenina directamente empleada, hubo vinculación directa de muchas otras mujeres, haciendo los capachos o forros de hojas para las botellas.

En 1945, el 36% del total de asalariados en la industria, eran mujeres. Sin embargo para esta época ya era evidente la disminución del trabajo femenino en la economía formal¹⁸.

Debemos destacar dentro del desarrollo histórico social del trabajo de la mujer, que en aquellos países con mayor índice de pobreza y políticas sociales deficientes, suele existir una menor igualdad de trabajo entre los sexos. Sin embargo, el desarrollo económico no se traduce necesariamente en vinculación laboral de la mujer.

Teniendo en cuenta los antecedentes sociales descritos con antelación, así como el papel de la mujer en la productividad y la economía, y sin desconocer la igualdad de sexos, pero resaltando, que es la mujer, el único ser capacitado anatómicamente y funcionalmente para dar vida, se torna indispensable y preciso afrontar que la mujer además de desempeñarse como trabajadora, también puede tener el rol de mujer embarazada, lo cual no implica tener que renunciar a sus actividades laborales, al menos no, de manera definitiva.

¹⁸Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000, págs. 79 a 92.

Mauricio Archila Neira: además de ser cronista y periodista político en Colombia, tiene un Ph. D. en Historia, de la Universidad del Estado de Nueva Cork, Stony Brook. Licenciado en Filosofía y Letras, con especialización en Historia, de la Universidad Javeriana de Bogotá. Máster en Economía y Recursos Humanos de esta misma universidad. Es docente de la Universidad Nacional de Colombia desde 1978 en el Departamento de Historia. Ha sido profesor visitante en el Instituto de Estudios Iberoamericanos (ILAIS) de Columbia University, Nueva York (USA). Ha trabajado como investigador en diversas ocasiones para diversos centros nacionales e internacionales.

De esta manera, tanto el Gobierno, como la sociedad misma, deben darle el lugar que la trabajadora en estado de embarazo merece, principalmente en lo que respecta al bienestar físico, económico y emocional de la mujer gestante y de su hijo.

Por lo cual, y dada la importancia del rol de la mujer en el ámbito laboral, el Estado, se encuentra en la imperiosa necesidad de regular especialmente, este tipo de situaciones, a fin de proteger y garantizar el cubrimiento de las prestaciones, que para tal efecto se han consagrado en la legislación laboral y de seguridad social.

Lo anterior, ha tenido como consecuencia predominante, la expedición de una legislación social, encaminada a buscar la protección del trabajo de la mujer, especialmente durante el embarazo.

CAPÍTULO 1: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

1.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN COLOMBIA

En Colombia, la licencia por maternidad ha tenido una clara evolución conceptual y justificativa de su razón de ser. En principio se entendió como reconocimiento a la necesidad de la trabajadora materna de restablecer su fisiología.

No fueron extrañas al derecho, las cuarentenas o “dieta” de las madres. Tiempo de cuidado extremo, sin luz del sol, ni vientos malignos que producían “entuetos”, tiempo en el cual, se le proporcionaba a la madre, los cuidados y alimentación abundante y nutritiva para recuperar fuerzas.

Por supuesto, ese fundamento meramente biológico excluía la concesión de licencia a las madres no biológicas.

En principio, entonces, la consagración del derecho nada refería al neonato. Únicamente en la segunda mitad del siglo pasado empezó a evolucionar el concepto de la finalidad primordial del beneficio al neonato. Se habló ya de necesidad, en el inicio de la vida, de contacto con la madre, percibida de tiempo atrás hasta en el mundo animal irracional. De tener amor y cuidado al relacionarse con su hijo, a fin de proporcionarle, un desarrollo armónico e integral¹⁹.

De la misma manera, las leyes de india, protegían al “hijo vivo”, para lo cual establecían lo siguiente: *“Ninguna india que tenga su hijo vivo, pueda salir a criar hijo de español ...”*²⁰

¹⁹ García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dique, Bogotá, 1997, págs. 29 y ss., señala que “... la principal razón por la que se debe permitir a la trabajadora el disfrute de la licencia por maternidad, debe ser el aseguramiento del desarrollo integral del recién nacido en sus primeros días de vida, fuera del útero materno ...”.

²⁰ Rumeu De Armas, A., “Código del Trabajo del Indígena Americano”, Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953, pág. 47.

Durante la época del embarazo se prohibía el trabajo y las leyes de Indias, extendían este lapso hasta cuatro meses después del parto; así en las mencionadas leyes, se advertía lo siguiente:

“Ordenamos y mandamos, que ninguna mujer preñada, después de pararse cuatro meses no la envíen a las minas, ni hacer montones, sino que tales, personas que la tienen en la encomienda las tengas en las estancias y que sirvan en ellas en las cosas que son de poco trabajo así como hacer pan y guisar de comer y deshierbar y después que parieren críen a sus hijos hasta de tres años, sin que en todo este tiempo la mandaran ir a las minas, ni hacer montones, ni en otra cosa en que traten ni reciban perjuicio.”²¹

La protección a la mujer era reconocida en la legislación de Indias con un criterio humanitario y como primer ejemplo notable de la legislación de la protección a la mujer en la época moderna.

Puede decirse que la evolución legislativa de la licencia de maternidad en Colombia, se divide por mandatos presidenciales, ya que, en cada uno de ellos, y según el contexto histórico, se fueron promulgando las diversas legislaciones, encaminadas a regular las relaciones laborales y a garantizar el bienestar de los

Antonio Rumeu De Armas: Estudió Derecho y Filosofía y Letras en la Universidad Complutense de Madrid, donde se doctoró en ambas carreras. Fue profesor universitario en las de Granada y Barcelona, hasta que obtuvo la cátedra de Historia de España en la Complutense.

Su amplia formación académica le permitió acceder a las más prestigiosas instituciones universitarias del mundo. Especializado en historia de América y de las Islas Canarias, fue profesor extraordinario en la Universidad de Georgetown en Estados Unidos y emérito de la Escuela Diplomática en España y en varios países sudamericanos -México, Argentina, Perú, Colombia y Chile-, en los que le nombraron académico de número en sus correspondientes de la historia.

Fue Presidente de la Real Academia de la Historia de la que era miembro desde 1968 y fundador del *Anuario de Estudios Atlánticos*, que dirigió hasta poco antes de morir. Además dirigió *Hispania* y *Cuadernos de Historia*, editados por el Centro Superior de Investigaciones Científicas, del que también fue miembro activo (Fuente: www.es.wikipedia.org)

²¹ Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”. 1ª Edición. Ed. Ciencia y Derecho, Santa fe de Bogotá, 1999, pág. 31.

Al respecto señala que desde tiempos antiguos, se garantizan condiciones favorables de trabajo a la mujer en embarazo, y que dicha premisa debe mantenerse, sin desconocer el derecho a la preservación del puesto de trabajo, durante y después de finalizado el embarazo, resaltando la labor del legislados, como “*garantista de la salud de ambos, madre e hijo.*”

trabajadores en general. No obstante, nos permitimos detallar las leyes y Decretos que impulsaron la licencia por maternidad a lo largo de la historia de Colombia.

1.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en Colombia.

A) LEY 53 DE 1938, LEY 197 DE 1938, DECRETO 1632 DE 1938 Y DECRETO 1766 DE 1939.

La ley 53 de 1938, fue la primera que en Colombia reguló la protección a la maternidad.

La mencionada ley 53 de 1938, consagra entre otros, como derechos para la mujer embarazada, la licencia remunerada de 8 semanas, la prohibición de despido de su trabajo por motivos de lactancia o embarazo, la indemnización correspondiente a 90 días para la empleada u obrera que sea despedida sin justa causa dentro de períodos de tres (3) meses anteriores y posteriores al parto y por último la licencia remunerada de 2 a 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, de acuerdo con la prescripción médica. Estas licencias empezarán a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

Acto seguido, se aprueba la Ley 197 de 1938, que se fundamentó en el convenio de 03 de junio de 1921 de la OIT (Organización Internacional del Trabajo), relativo al empleo de las mujeres antes y durante el parto.

La mencionada ley hace referencia, al despido en caso de embarazo, y en su artículo 3º establece que:

“La mujer que sea despedida sin causa que se justifique ampliamente, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto, comprobada esta circunstancia mediante certificado de facultativo, sin perjuicio de las

indemnizaciones a que pudiere dar lugar conforme a los contratos de trabajo o a las disposiciones legales que rijan la materia, tiene derecho a los salarios correspondientes a noventa días".

El convenio 03 de junio de 1921 de la OIT, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto, señala en tales aspectos, que :

"En todas las empresas industriales o comerciales, públicas o privadas, o en sus dependencias, con excepción de las empresas en que sólo estén empleados los miembros de una misma familia, la mujer:

- a) No estará autorizada para trabajar durante un período de seis semanas después del parto;*
- b) Tendrá derecho a abandonar el trabajo mediante la presentación de un certificado que declare que el parto sobrevendrá probablemente en un término de seis semanas;*
- c) Recibirá, durante todo el período en que permanezca ausente en virtud de los apartados a) y b), prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene; dichas prestaciones, cuyo importe exacto será fijado por la autoridad competente en cada país, serán satisfechas por el Tesoro público o se pagarán por un sistema de seguro.*

La mujer tendrá además derecho a la asistencia gratuita de un médico o de una comadrona. El error del médico o de la comadrona en el cálculo de la fecha del parto no podrá impedir que la mujer reciba las prestaciones a que tiene derecho, desde la fecha del certificado médico hasta la fecha en que sobrevenga el parto;

- d) Tendrá derecho en todo caso, si amamanta a su hijo, a dos descansos de media hora para permitir la lactancia*

Así mismo, se estableció en el convenio que;

“Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia²²”.

El Convenio antes descrito, fue ratificado en todos sus artículos, por Colombia, mediante la ley 129 de 1938,

La ley 129 de 1938, adicionalmente establece en su artículo 3º, doce semanas de descanso remunerado para la materna, seis anteriores y seis posteriores al parto.

También en el mismo año, el Decreto 1632 de 1938, incluye en la regulación por maternidad, la protección que trae la ley 53 de 1938 para todas las trabajadoras, bien sean del sector público o del privado que presten sus servicios o ejecuten un trabajo por cuenta del empleador y mediante una remuneración. En la ley 53 de 1938, la protección recaía solamente en las trabajadoras del sector privado, dado a que las del sector público, se les aplicaría un régimen especial.

Posteriormente, se promulga el Decreto 1766 de 1939, que dispuso que en el tiempo que dura la mencionada licencia por maternidad, la remuneración correspondiente a la trabajadora, se fijara tomando como base el jornal a diario que ella hubiere devengado en treinta días de trabajo anteriores a la fecha en que

²² Convenio 03 de junio de 1921, de la Organización Internacional del Trabajo, relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto. Artículo 4.

“... Artículo 4. Cuando una mujer esté ausente de su trabajo en virtud de los apartados a) o b) del artículo 3 de este Convenio, o cuando permanezca ausente de su trabajo por un período mayor a consecuencia de una enfermedad, que de acuerdo con un certificado médico esté motivada por el embarazo o el parto, será ilegal que hasta que su ausencia haya excedido de un período máximo fijado por la autoridad competente de cada país, su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia o se lo comunique de suerte que el plazo estipulado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días a que se extienda aquella licencia.

Es preciso señalar que las mencionadas Leyes y Decretos, se promulgaron durante el Gobierno del Presidente Eduardo Santos²³, periodo que inició en 1938 y culminó en 1942, y durante el cual, se vivió en Colombia una época de “pausa” en lo referido a los conflictos armados y las disputas políticas, lo que presumiblemente hizo que dicho gobierno, se enfocara en los avances sociales del país²⁴.

Durante dicho mandato del Presidente Santos, se efectuaron importantes reformas en el régimen laboral, entre las que se encuentran el descanso remunerado de domingos y feriados, la aprobación del sindicalismo y la licencia por maternidad.

B) DECRETO 2127 DE 1945, LEY 6 DE 1945 y LEY 90 DE 1946.

Ya en el año 1945, se expide el Decreto 2127, que establece en su artículo 12 que el empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora durante la licencia concebida por mandato de la ley 53 de 1938, y durante la ausencia por causa de enfermedad relacionada con el embarazo. Circunstancia que debía comprobarse con certificado médico.

²³ El Gobierno del Presidente Santos fue un gobierno liberal, que se inició en el año de 1938 y finalizó en 1942. Administración denominada como “La Gran Pausa”, dado a que su mayor atributo, fue la serenidad, en cuanto a revoluciones, conflictos armados y disputas políticas, muy comunes en la legislatura inmediatamente anterior.

²⁴ Rodríguez González J., “Historia de Colombia que Todos Debemos Saber”, Ed. Norma, Bogotá, 1994, págs.. 110 a 147.

Este autor resalta la importancia del gobierno del Presidente Eduardo Santos, no solo por “la pausa” que significó para el país, sino también, por la excelente relación que mantuvo con los trabajadores, y porque fue durante su mandato que se creó el Ministerio de Trabajo con el objeto de velar por los derechos de los asalariados, fortaleció a la Federación de Cafeteros, a través de la implementación del Fondo Nacional del Café, que resultó una de las medidas pre-guerra más eficaz, ya que al estallar la segunda guerra mundial, ante el cierre de mercados, los frutos del Fondo Nacional del café, sirvieron de soporte para los cafeteros afectados.

En el mismo año, se emite la Ley 6 de 1945, que fue la primera en hacer referencia a las prestaciones sociales de los trabajadores, y en instaurar, el concepto de prestación social, dando paso a que surgieran nuevas legislaciones propensas a mejorar y proteger las condiciones laborales de los trabajadores.

Posteriormente, se expide la ley 90 de 1946, a través de la cual se creó el Instituto de Seguros Sociales, como el ente público encargado de controlar, vigilar y ejecutar todos aquellos actos encaminados a garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, sus efectos económicos y jurídicos.²⁵

El Instituto de Seguros sociales, se crea principalmente como un ente de control, vigilancia y administración de las prestaciones sociales de los trabajadores, entre las que se encuentra la licencia por maternidad, incapacidades por enfermedad, jubilación, sustitución pensional, entre otras vigentes, ya que fue esta institución, la primera en encargarse de la tramitación y pago de este rubro, así como también fue la primera en encargarse de los recaudos que por tales conceptos se efectuarían por parte del empleador, o del trabajador, según fuera el caso.

Con la creación de este organismo público, surge la idea de crear un fondo común de administración de las prestaciones, con la finalidad de garantizar la solvencia necesaria para el pago de las mismas cuando a ello hubiere lugar.

Actualmente, este organismo se sigue encargando de las mismas funciones, con la diferencias, que el gobierno permitió la creación de fondos privados que

²⁵ Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre, Por la cual se establece el seguro social obligatorio y se crea el Instituto Colombiano de Seguros Sociales. Dicha ley, respecto a la licencia por maternidad, establecía en su artículo 39: *“En caso de maternidad, el seguro de enfermedad - maternidad otorgará las siguientes prestaciones:*

- a) *La asegurada tendrá derecho a la indispensable asistencia obstétrica y a un subsidio diario equivalente a su salario de base, durante las cuatro (4) semanas que preceden al parto y las cuatro (4) que le sigan a condición de que no efectúe ningún trabajo remunerado durante este período.*
- b) *Si en el curso del embarazo de la asegurada se presentare un aborto, o un parto prematuro no viable, el subsidio de que habla el aparte a) se reducirá al necesario periodo de quietud posterior al aborto o parto prematuro, sin pasar de cuatro (4) semanas.*
- c) *El varón asegurado tendrá derecho a que se preste a su mujer la indispensable asistencia obstétrica”...*

asumieran similares funciones, y atribuyó a los trabajadores la libertad de vincularse al fondo de su elección.

Tanto el Decreto 2127 de 1945, como las leyes 6 de 1945 y 90 de 1946, se expidieron durante el mismo periodo gubernativo²⁶, correspondiente a la administración del Presidente López Pumarejo²⁷, del cual, es preciso señalar la estrecha relación que sostuvo con los trabajadores, ya que ha sido considerado uno de los presidentes colombianos con mayor respaldo en la clase obrera, por haber sido, un fiel garante de sus derechos²⁸.

²⁶ Ambas Leyes, fueron debatidas y aprobadas durante el mandato del Presidente Alberto Lleras Camargo (1945-1946), un corto período, que tuvo una gran importancia para el país y sobre todo que significó un gran avance social y jurídico para Colombia.

Durante este Gobierno Liberal, se implantaron diversas políticas enfatizadas en fortalecer y garantizar los derechos de los trabajadores, y consolidar el orden público y el orden económico nacional.

El presidente, Alberto Lleras Camargo, quien sustituyera por un corto periodo en el mandato, al señor Alfonso López Pumarejo, continuó las políticas públicas implantadas por su antecesor, e impulsó, otras grandes reformas,

²⁷ Este Decreto se promulga durante el segundo Gobierno del Presidente Alfonso López Pumarejo, (1942–1945) quien había sido presidente en el periodo legislativo del 1934 a 1938,

El contexto político y social de este gobierno fue en medio de una situación de crisis generalizada por la Segunda Guerra Mundial, que creó en el país un ambiente muy distinto al de su primera administración; en esta oportunidad la imposibilidad de fomentar la industria media y ligera frenó duramente la economía. Sumado a esto, la división del Partido Liberal y la tenaz oposición conservadora diezmaron la capacidad de maniobra del presidente y acrecentaron el descontento general, al punto de que por dos días (julio 10 y 11 de 1944) fue apresado en otra localidad del sur colombiano.

Pese a todos los inconvenientes, López consiguió implantar una reforma laboral que había dejado esbozada en su primera administración. En ella se desarrollaban apartes de la reforma constitucional de 1936, comprendiendo que en una economía en vías de actualización capitalista, había que codificar la relación patrón-obrero, pues la fuerza de trabajo debía organizarse con sistemas de contratación y jurídicos más estables. Se propició, entonces, el sindicalismo, con el fin de armonizar la condición obrera con las necesidades estructurales de la industrialización, y se garantizó el derecho a la huelga.

²⁸ Pérez Gutiérrez L., “Historia y Civilización en Colombia”, Ed. Santillana, Bogotá, 1991, págs. 36 a 51. Este Autor, señala que durante el gobierno del Presidente López Pumarejo, se estableció el reconocimiento del contrato de trabajo como entidad jurídica autónoma, dio al gobierno facultades para establecer modelos que sirvieran como contrato presuntivo y para fijar el salario mínimo, decretó la jornada laboral de ocho horas y el pago de horas extras.

C) DECRETOS 2663 y 3743 DE 1950.

En un contexto histórico y político bastante conmocionado por la violencia²⁹, se aprueban los Decretos Reglamentarios 2663 y 3743 de 1950, por medio de los cuales se expidió el Código Sustantivo del Trabajo.

Como descansos remunerados durante la lactancia estos decretos reconocían, dos descansos de 20 minutos cada uno.

También consagraban la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia, la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa a la trabajadora embarazada y la indemnización triple en caso de despido sin autorización de la autoridad del trabajo. Así mismo se reconoce la obligación de conservación de puesto a la trabajadora que disfruta del descanso por maternidad; la prohibición de asignar trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos a las trabajadoras embarazadas; la obligación de los patrones que ocuparan a más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una sala cuna para los hijos menores de dos años de las trabajadoras.

D) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO ENTRE EL AÑO 1950 Y 1965.

Posteriormente, viene un período de pausa legislativa, respecto a todo lo que tiene que ver con el derecho de los trabajadores, las prestaciones sociales, y demás, y dicho periodo comprende desde el año 1950 hasta el año 1965.

²⁹ Estos Decretos Legislativos, nacen a la vida jurídica, durante el mandato del Presidente Mariano Ospina Pérez, período legislativo desde 1946 y hasta 1950, Durante dicho mandato se inició la llamada “Época de la violencia en Colombia”, (con el respaldo gubernamental) tras los militantes liberales. Esto se precipitó por el asesinato del caudillo liberal Jorge Eliécer Gaitán, el 9 de abril de 1948, lo que generó graves disturbios en todo el país, y obligó a Ospina a convocar un gobierno de Unidad Nacional, que fracasaría poco tiempo después.

Ospina fue objeto de duras críticas por parte del liberalismo, cuya representación parlamentaria intentó adelantarle un juicio político en el Congreso. Al enterarse Ospina decidió a cerrar el Congreso (1949) y tomar medidas autoritarias que inauguraron una década de dictadura civil y militar en Colombia.

A pesar de no haberse producido ningún avance legislativo en torno a la licencia por maternidad, Abordaremos el contexto político de la época, con la finalidad de situarnos cronológica y conceptualmente en el ámbito gubernamental, que si bien no produjo evolución legislativa en torno al tema tratado, se concentró en otros aspectos que a continuación se mencionarán.

Durante el Gobierno del Presidente Laureano Gómez (1950-1953) quien fue sustituido por Roberto Urdaneta Arbeláez (1951-1953), y a quién se le atribuyó una amplia responsabilidad por las acciones de la fuerza secreta de civiles armados³⁰ (apodada en la áreas rurales como Policía Chulavita quienes perseguían a los liberales radicales y comunistas denominados "Bandoleros", destruían haciendas y fincas e incautaban bienes y terrenos a los perseguidos), no se produjeron avances normativos respecto a la licencia por maternidad.

Como ya se expuso, durante este mandato, no se expidieron leyes ni reglamentos que implicaran un avance o mayor protección a la mujer trabajadora, pero se expone, para contextualizar históricamente los cambios legislativos, y así mismo, para señalar los periodos estáticos en materia de derecho laboral y de seguridad social.

En este periodo, el gobierno enfocó sus políticas a combatir la violencia preponderante y ello explica el estado de parálisis legislativa en torno a los avances en las relaciones jurídico laborales entre patrono y trabajadores.

El siguiente periodo legislativo igualmente estático en materia de protección a la mujer trabajadora, estuvo bajo el liderazgo del Presidente Gustavo Rojas Pinilla (1953-1957), quién asumió el poder en un ambiente de violencia bipartidista que se desató con la muerte de Jorge Eliecer Gaitán y se fue agudizando y contribuyendo a la formación de guerrillas liberales y comunistas. Igualmente, el sucesor de Rojas Pinilla, que fue el Presidente Alberto Lleras Camargo y quien gobernó desde 1958 y hasta 1962, no gestionó durante su mandato ninguna reforma tendiente a avanzar en materia de relaciones jurídico laborales, y al igual

³⁰ A esta fuerza secreta se le atribuyen numerosas desapariciones de liberales y opositores ocurridas durante el Gobierno de Gómez.

que sus antecesores, dedicó todo su período a impulsar la economía y restablecer el orden social que por aquellos días, era el factor determinante de todas las políticas³¹.

En este periodo legislativo, tampoco hubo algún impulso importante en las políticas de seguridad social. La legislación en materia de prestaciones sociales, relaciones jurídico. Laborales, y demás, se mantuvo estática.

Así mismo, y ya en el año de 1957, el país inicia un periodo de gobierno dirigido por la Junta Militar (1957-1958), dicha Junta nace de la intención de los partidos tradicionales de poner término al populismo demostrado por Rojas Pinilla en el desempeño de su mandato, así como poner término a la situación de conflicto interno que se vivía en Colombia desde el asesinato del dirigente liberal Jorge Eliécer Gaitán.

La insatisfacción general con Rojas Pinilla se tradujo en fuertes presiones que desembocaron en la renuncia de su cargo. El poder ejecutivo fue entonces asumido por la Junta, en la cual además de sus integrantes titulares, se desempeñaron miembros de ambos partidos, por lo que surge el llamado “Frente Nacional³²”.

³¹ El Gobierno de Laureano Gómez fue para algunos un gran desastre por la reiterada violación a los derechos humanos que hubo durante su presidencia. Sin embargo, para la mayoría del oficialismo conservador y para los fieles radicales de la iglesia católica de la época, Laureano fue sin duda un ídolo político que promovió entre otros, la educación cristiana, el nacionalismo industrial materializado en la creación de Ecopetrol y la organización de la renta.

El país se ensangrentó con más intensidad, cuando para implantar el orden y la autoridad, el gobierno se enfrentó a los grupos guerrilleros en todo el país.

El 13 de junio de 1953, el presidente titular Laureano Gómez reasumió el mando presidencial. Su objetivo era impulsar el orden en el país, y, destituir al comandante del Ejército, teniente general Gustavo Rojas Pinilla.

Ante la crisis gubernamental, el teniente general Gustavo Rojas Pinilla asumió el poder presidencial, mediante el golpe militar del 13 de junio de 1953.

³² El Pacto denominado “Frente Nacional”, sugerido con anterioridad por otros gobiernos, y que se encontraba en trámite durante el mandato de Rojas Pinilla, se materializó con una reforma constitucional que significaba el reparto igualitario de cargos y prebendas de la administración de Colombia por partes

Durante este periodo, dada su brevedad, no surgieron reformas laborales importantes.

Terminado el Gobierno de la Junta Militar, se elige como presidente a Alberto Lleras Camargo (1958-1962) quién se convirtió en representante de la unidad nacional, garantizando el éxito del pacto bipartidista y emprendió la recuperación del país tras el gobierno militar. Dio gran apoyo a la educación pública e impulsó la aprobación de la Ley de Reforma Agraria de 1959³³.

Como ya hemos comentado, en materia de derechos laborales, no hubo un ningún avance, durante esta etapa política del país.

E) LEY 73 DE 1966, DECRETO 13 DE 1967, y DECRETO 3135 DE 1968.

La Ley 73 de 1966, se encargó de reglamentar la obligación del patrono de conceder a la trabajadora, dos descansos de treinta minutos cada uno, dentro de la jornada laboral, para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto durante los primeros seis meses de edad.

Así mismo, la norma en mención establece los derechos a la prestación económica, al disfrute del descanso y a los tiempos de lactancia, reconocimiento que se hace para la trabajadora del sector privado exclusivamente, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales del sector público, cuentan con un régimen especial.

iguales. Dicho plebiscito se realizó el 1 de diciembre de 1957, evento en el cual las mujeres colombianas ejercieron por primera vez el derecho a sufragio, adquirido tres años antes bajo el régimen de Rojas Pinilla.

³³ En el campo internacional, fue uno de los principales promotores, junto a John Fitzgerald Kennedy, de la Alianza para el Progreso; asimismo, su gobierno rompió relaciones diplomáticas con Cuba. Uno de los logros más importantes de la Alianza en Colombia fue la creación de Ciudad Techo, hoy conocida como la "localidad de Kennedy" en Bogotá.

Mediante el Decreto 13 de 1967, se modificó el permiso de la lactancia, y se señaló la obligación de conservación del puesto durante la lactancia y la norma sobre trabajos prohibidos.

Este Decreto, en su artículo 19, contempla el auxilio por maternidad para la empleada o trabajadora del sector oficial, concediéndole una licencia de ocho semanas pagadas por la respectiva entidad de previsión social.

Estas tres últimas legislaciones abordadas (Ley 73 de 1966, y Decretos 13 de 1967 y 3135 de 1968), son promulgadas durante el Gobierno del Presidente Carlos Lleras Restrepo, un mandato denominado "De la Transformación Nacional", que se caracterizó por la estabilización y crecimiento económico y por la Reforma Constitucional de 1968 que, entre otros aspectos, determinó la descentralización de gran parte de la gestión estatal en entidades especializadas como los Institutos Descentralizados³⁴.

F) DECRETO 722 DE 1973.

A través del Decreto 722 de 1973, se reconocieron los mismos derechos que anteriormente consagraba la ley 73 de 1966³⁵, pero extendiéndose su ámbito de aplicación a las trabajadoras del sector público.³⁶

³⁴ Durante este mandato y a raíz de un fuerte *impasse* en 1967 con el Fondo Monetario Internacional, que insistía en una devaluación masiva de la moneda colombiana como fórmula previa a un préstamo de balanza de pagos, Lleras implementó por primera vez, como parte de la reforma incluida en el Decreto Ley 444 de marzo de 1967, el sistema de micro devaluaciones programadas de la moneda, que también se conoció como de "devaluación gota a gota". Este novedoso sistema eliminó la especulación y corrupción asociada con las devaluaciones masivas y la incertidumbre para el sector productivo. Sin duda, la estabilidad lograda en el frente externo, gracias a esa medida, permitió la consolidación del crecimiento económico durante ese gobierno y en otros que le sucedieron.

³⁵ Ley 73 de 1966, Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.

³⁶ Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia

“Artículo 1º. El artículo 35 del Decreto 1848 de 1969, quedará así:

Prestaciones. En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores...

En la mencionada ley, se señala que en caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada.³⁷
- b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata la Ley 73 de 1966

Esta importante iniciativa legislativa, se profirió durante el mandato del Misael Pastrana Borrero³⁸. Durante su mandato, se resalta la creación del sistema UPAC (Unidad de Poder Adquisitivo Constante) de ahorro.

b) Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna.

Las empleadas oficiales tienen derecho a los mismos descansos de que trata el artículo 7 de la Ley 73 de 1966”.

³⁷ Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por la empleada en el último año de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.

³⁸ Presidente Misael Pastrana Borrero (1970-1974), cuyo mandato tuvo un marcado acento social, impulsado por figuras jóvenes de los dos partidos, con el lema " Frente Social, Objetivo el Pueblo " y su plan de gobierno "Las cuatro estrategias "Empezó un gobierno declarando que sus propósitos eran integrar el país marginado con el país participante. Durante su gobierno, se dio comienzo a lo que él llamó "la colombianización del patrimonio del país”.

Se creó el Banco de los Trabajadores; se amplió la conmutación de pensiones y se ampliaron éstas para las viudas y los huérfanos; se consagraron por primera vez las pensiones para periodistas; se organizó el subsidio familiar, creándose el Consejo Superior con participación de personeros de organizaciones sindicales; se dio comienzo al sistema del médico familiar, el plan nacional Hospitalario que dotó de hospitales universitarios, y se extendió a sectores agrarios y no dependientes; se iniciaron los centros comunitarios para la infancia y el Plan Nacional de Nutrición

Se presentó al Congreso el proyecto de reforma constitucional otorgando el derecho al voto a partir de los 18 años, proyecto aprobado dos años después de su administración; se creó el Tribunal Disciplinario.

En su mandato, se impulsaron los derechos de los trabajadores, y en cuanto a licencia de maternidad, se refiere, se expidió un solo decreto encaminado a reconocer igualdad de derechos respecto de la maternidad, para la trabajadora del sector oficial.

G) DECRETO 770 DE 1975 y DECRETO 1045 DE 1978.

Decreto mediante el cual, se aprobó el acuerdo 536 de 1974 del seguro social, en la cual se introdujeron las siguientes modificaciones a la protección de la maternidad:

- a) Se otorgó el derecho tanto para la trabajadora como a la cónyuge o compañera del trabajador afiliado de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social, en esta materia el código no contemplaba dicha prestación.
- b) Se atribuyó al Instituto Colombiano de Seguros Sociales la organización, dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.
- c) Se facultó al Instituto de Seguros Sociales, para determinar la forma y las modalidades de la organización y de la aplicación de los sistemas de atención médica a su cargo, dentro de la autonomía administrativa que establece la ley de entidades públicas y ciñéndose a las bases y preceptos propios de la medicina en la Seguridad Social

Ya en el año 1978, se aprueba el Decreto 1045 de 1978, el cual fija las reglas generales a las cuales deben sujetarse algunas entidades de la administración pública del orden nacional, para la aplicación de las normas sobre prestaciones

Fue Misael Pastrana quien realizó el primer código de recursos naturales del planeta, anticipándose en treinta años a la revolución verde, por esto y desde su creación, las Naciones Unidas al crear el premio mundial del medio ambiente, lo designó su Presidente y lo fue, hasta su muerte en 1997.

sociales señaladas por la ley³⁹. Estas reglas no se aplican al personal de las fuerzas militares y de policía que tenga un régimen de prestaciones especial⁴⁰.

Tal Decreto 1045, enuncia taxativamente las prestaciones sociales a que tienen derecho los trabajadores, sin importar si pertenecen al sector público o privado, y se reconoce esta importante prestación social de licencia de maternidad, junto a otras no menos importantes, como las primas de vacaciones y de Navidad, auxilios de cesantías, pensiones de jubilación, vejez e invalidez.

Igualmente, en el Decreto antes señalado, se ordena el pago del auxilio de maternidad, como prestación económica, y el derecho a disfrutar de los días que otorga la licencia.⁴¹

Es de recalcar que en esta primera época, se reconoce la prestación por maternidad solamente para madres biológicas, y con una duración de 8 semanas, según lo establecía el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236).

Ambos Decretos, fueron proferidos durante el mandato del Presidente Alfonso López Michelsen, Perteneiente al partido conservador, Alfonso López Michelsen,

³⁹ Las entidades de la administración pública, reconocerán y pagarán a sus empleados públicos, únicamente las prestaciones sociales establecidas por la ley. A sus trabajadores oficiales, además de éstas, las que se fijen en pactos, convenciones colectivas o laudos arbitrales celebrados o proferidos de conformidad con las disposiciones legales sobre la materia.

Las prestaciones que con denominación o cuantía distinta a la establecida en la ley se hayan otorgado a los empleados públicos en disposiciones anteriores a este decreto, continuarán reconociéndose y pagándose en los mismos términos.

⁴⁰ García Delgado J.L., "Regímenes de Salud en Colombia", Ed. Dike, Barranquilla, 1998, págs. 23 a 29. Este autor, ha sido uno de los primeros, en plantear la desaparición de los regímenes especiales en Colombia, enfocándose en el "derecho al trato igualitario, por lo que todos los colombianos tendríamos el derecho a igual cobertura en todas las contingencias",

⁴¹ Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

"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."

hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo. El Presidente López Michelsen, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”⁴².

H) PERIODO GUBERNATIVO COMPRENDIDO DESDE EL AÑO 1978 AL AÑO 1990.

Este periodo de gobierno, se desarrolló en la época donde la violencia es la principal protagonista del contexto político, donde los insurgentes van cobrando mayor fuerza activa dentro del país y por tanto los gobiernos de aquel momento, dedicaron sus esfuerzos a intentar derrotar la violencia y crear un ambiente pacífico en toda la nación, que ya veía coartadas sus libertades por esas fuerzas de izquierda que se tornaban preponderantes y cada vez más fortalecidas.

El Presidente Julio César Turbay Ayala (1978-1982), perteneciente al partido liberal, se destacó durante su mandato por la creación de un polémico Estatuto de Seguridad⁴³, aprobado para contrarrestar los diferentes movimientos rebeldes surgidos en la década anterior y donde fueron frecuentes las torturas, desapariciones forzadas y otras violaciones a los derechos humanos, que

⁴² Gobierno del Presidente Alfonso López Michelsen (1974-1978) Perteneciente al partido conservador, Alfonso López Michelsen, hijo del dos veces ex presidente Alfonso López Pumarejo, denominó su etapa gubernativa como “Gobierno Claro”

Durante su gobierno Colombia tuvo una segunda bonanza cafetera, pero a su vez altos niveles de inflación, además durante su periodo se inició la apertura para que las mujeres inicien la carrera militar voluntariamente, creó el HIMAT, estableció la mayoría de edad a los 18 años y restableció las relaciones de Colombia con Cuba.

Reconocido por muchos como uno de los principales pensadores contemporáneos de Colombia, se decía que cada vez que López hablaba, "Ponía a pensar al país"

El presidente López abrió la puerta de entrada de los capitales del narcotráfico al crear, en medio de un rígido control a la entrada de divisas establecido por el Estatuto Cambiario de 1968, la que se conoció como la “ventanilla siniestra” del Banco de la República, para comprar dólares sin preguntar por el origen de los fondos.

⁴³ Uno de los aspectos más controvertidos de este estatuto fue que estableció que, los acusados por delitos de extorsión y alzamiento de armas, entre otros, serían juzgados por la justicia penal militar, en consejos verbales de guerra. También presentó durante su mandato el Plan de Integración Nacional, en el que la infraestructura tuvo un impulso muy significativo.

provocaron el exilio de numerosos intelectuales, entre ellos el escritor Gabriel García Márquez.

El Gobierno de Turbay Ayala, no impulsó ninguna evolución legislativa en torno a la protección a la mujer trabajadora, como quiera que la gran mayoría de las leyes promulgadas durante este periodo, estaban encaminadas a velar por la seguridad nacional y por el derrocamiento de las fuerzas insurgentes.

Una vez terminado el Gobierno de Turbay Ayala, se inicia el mandato del presidente Belisario Betancourt Cuartas (1982-1986) Perteneciente al partido conservador, quien hizo un llamado al diálogo a las organizaciones rebeldes guerrilleras de Colombia y suscribió acuerdos con las guerrillas de las FARC⁴⁴, M-19⁴⁵ y el EPL⁴⁶. Con las FARC firmó Los acuerdos de la Uribe⁴⁷ que resultaron en

⁴⁴ Las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo o FARC-EP es la manera como se autodenomina un grupo guerrillero colombiano, que dice ser marxista-leninista. Las FARC operan en Colombia y en las regiones fronterizas de Venezuela, Ecuador, Panamá y Perú. Son partícipes del conflicto armado colombiano desde su conformación en 1964 y son dirigidas por un secretariado de siete miembros

⁴⁵ El Movimiento 19 de Abril abreviado como M-19 o el eme fue un movimiento insurgente colombiano nacido a raíz de un fraude electoral en las elecciones presidenciales del 19 de abril de 1970, nace como rebeldía y movimiento político y luego se volvió guerrilla. Tras su desmovilización se convirtió en un movimiento político de izquierda democrática conocido como AD-M19 (*Alianza Democrática M-19*) que ganó importante respaldo popular y fue uno de los constituyentes de 1991; desapareció a mediados de la década de 1990 y algunos de sus miembros se unieron a otras agrupaciones políticas.

⁴⁶ El Ejército Popular de Liberación (EPL) era un grupo guerrillero colombiano, aunque solo inició acciones militares en 1968, principalmente en Antioquia, los departamentos de Córdoba y Sucre y la región del Magdalena Medio. El Ejército Popular de Liberación EPL, es considerado el tercer grupo guerrillero colombiano en tamaño después de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Según información publicada por la Fuerza Aérea de Colombia y afirmada por la VII División del Ejército de Colombia, el EPL desapareció en el departamento de Antioquia como guerrilla rural en 1996, pero continúan con milicias en zonas urbanas como Medellín. Realizan algunas acciones en conjunto con la guerrilla de las FARC.

⁴⁷ Los Acuerdos de La Uribe o Acuerdos de cese al Fuego y Tregua fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) y el gobierno del Presidente Belisario Betancur, el 28 de marzo de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por el Estado Mayor de las FARC-EP y firmado en el campamento conocido como Casa Verde en el municipio de La Uribe, Departamento del Meta.

la creación de la Unión Patriótica⁴⁸ como brazo político de las FARC, mientras que con el M-19 firmó los Acuerdos de Corinto⁴⁹.

Lamentablemente las autodefensas civiles que iniciaron su formación al final del Gobierno de Julio Cesar Turbay apoyadas por la cúpula militar continuaron librando la guerra que el presidente Betancur impidió afrontar a las fuerzas armadas, al acuartelarlas para honrar la tregua firmada en 1983 con las FARC, el EPL y el M-19⁵⁰.

En este periodo tampoco surgió ninguna legislación en torno a la protección a la maternidad, puesto que, dada la violencia de la época, la prioridad del gobierno estuvo igualmente radicada en la seguridad nacional.

Ya en el año de 1986, se inicia un nuevo periodo gubernativo, en cabeza del Presidente Virgilio Barco Vargas (1986- 1990) Militante del partido liberal, quien emprendió el esquema gobierno-oposición para acabar con los vestigios del Frente Nacional, por lo que contó en su gabinete sólo con representantes del

⁴⁸ La Unión Patriótica (UP) fue un partido político de Colombia, fundado en 1985 como parte de una propuesta política legal de varios actores sociales, entre ellos las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), que es el grupo guerrillero más antiguo y numeroso del país (reconocido por la Unión Europea como terrorista). Con el tiempo, el partido se constituyó como ajeno a la lucha armada de este grupo alzado en armas. El Partido Comunista Colombiano (PCC) también participó en la formación y organización de la UP.

⁴⁹ Los Acuerdos de Corinto, fueron los acuerdos entre la guerrilla colombiana Movimiento M-19 y el gobierno del Presidente Belisario Betancurt el 24 de agosto de 1984, en los cuales las partes firmantes se comprometen a un cese bilateral del fuego y la búsqueda conjunta de una salida política al conflicto armado colombiano. El Documento fue suscrito por una Comisión de Paz, Diálogo y Verificación, en representación del gobierno, y por los Comandantes del M-19 y firmado en el municipio de Corinto, Cauca. El 25 de agosto de 1984, el M-19 ordenaron el cese al fuego a sus comandos guerrilleros, mientras que el presidente Betancur también ordenó a todas las autoridades civiles y militares del país. El Acuerdo también fue firmado por EL Ejército Popular de Liberación (EPL).

⁵⁰ Las fuerzas armadas continuaron la guerra por interpuesta persona en tres grandes regiones dominadas por las FARC, al entrenar, apoyar y ayudar a armar a las autodefensas de Puerto Boyacá, el nororiente antioqueño y la región del Ariari en el Meta. Ese fue el gran error estratégico de la dirigencia colombiana, porque auspició la creación de ejércitos privados para defender la propiedad cuando la tierra estaba cambiando de manos por la acumulación de divisas del narcotráfico.

Partido Liberal. Su mandato tuvo como grandes ejes los programas contra la pobreza, el diálogo con las guerrillas y la lucha contra el narcotráfico⁵¹.

Como se expuso anteriormente, en este periodo tampoco hubo un objetivo diferente al de la lucha contra la violencia y el narcotráfico, por lo cual en materia de protección a la maternidad, no se logró ningún avance.

I) LEY 50 DE 1990, LEY 100 DE 1993, y DECRETO 1938 DE 1994.

La ley 50 de 1990 en su artículo 34, es una norma que amplía a doce semanas el derecho a descanso remunerado por maternidad, y va más allá; puesto que contempla la posibilidad de cesión, por parte de la madre, de una de sus doce semanas a favor del padre.

Los criterios de proximidad con el neonato, en relación con el padre y la madre, se reiteran en esta ley, ya como una necesidad y beneficio para el bebé, en el núcleo familiar consanguíneo, durante la primera semana del transcurrir vital.

La contundente filosofía inspiradora de la institución que ahora se aborda, lleva a predicar que esa cercanía de los padres, se constituye en derecho fundamental del menor, como que es inherente a su esencia, e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

Así las cosas, y como derecho fundamental del menor, la licencia también procede, sin forzar el entendimiento normativo, y recurriendo a su filosofía constitutiva, titularidad y reclamo al sistema, para parientes cercanos y aún ajenos a la familia, cuando se acredita ausencia de padres (por muerte de la madre al

⁵¹ El Gobierno del Presidente Barco, comenzó a aplicar un nuevo modelo de Administración Pública que buscaba cinco objetivos prioritarios: productividad social de los recursos públicos, democratización de la administración pública, eficiencia y responsabilidad de instituciones y funcionarios, capacidad de gerencia y administración y fortalecimiento institucional de la Presidencia de Colombia, mediante decisiones políticas del Presidente o a través de leyes y de actos reformativos de la Constitución. Barco creó la Comisión Presidencial para la Reforma de la Administración Pública del Estado Colombiano a través del decreto 1150.

momento del parto o en el periodo siguiente de 12 semanas) y necesidad de cuidado y afecto para ese neonato. En ese orden de ideas, puede predicarse por ejemplo, para abuelo, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor.

Por lo anterior, se hace vital el disfrute del descanso remunerado que, garantiza la posibilidad inequívoca de presencia y contacto con el neonato.

Invaluable es el descanso, pero con desmerecimiento sustancial si no se remunera. Descansar sin remuneración, no constituye descanso efectivo para el ser humano, descansar con preocupación económica, sin recursos para atender las necesidades, que se satisfacen con el salario producto del trabajo genera angustia, desazón, y descanso con angustia y desazón no es descanso efectivo. No podría considerarse que la compañía de una madre inmersa en preocupaciones económicas conlleve elementos positivos para el menor.

La licencia de maternidad se extiende a la maternidad por adopción. Para esta extensión ya nada importa el argumento del restablecimiento de la fisiología, como que la madre no biológica no tiene nada para recuperar en este sentido; no vive ni padece el parto, ni se descompensa hormonalmente. Argumentos antes señalados como causales para no conceder esta prestación a la madre adoptante⁵².

Tanto el menor de siete años, como el neonato o no neonato, necesita la cercanía física y afectiva de la que no lo tuvo como madre física pero lo siente como hijo propio, esto en el caso de padres adoptantes. Y ha sido tanto el avance de tan racional y lógico criterio, que ya se predica como derecho del varón adoptante (cuando no tiene cónyuge o compañera) del menor de 7 años, del neonato o no

⁵² Ochoa Rico, C., "Filiación Natural Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978, págs.. 37 a 45.

Este autor resalta la importancia de la filiación mediante la adopción como mecanismo pleno y justo para completar los núcleos familiares y por ello, considera que "... es menester del gobierno, conceder las mismas prerrogativas a los adoptantes que a los padres biológicos, entre las que incluye el reconocimiento y pago de la licencia por maternidad."

neonato. Aquí se insiste en la necesidad del adoptivo de la cercanía y el contacto afectivo con quien será su “padre - madre” en adelante y hasta el fin de su existencia.

Unos años después, mediante la ley 100 de 1993, se efectuó el más importante avance social, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, y se garantizó a través de ella, el cubrimiento en sector salud a la totalidad de la población colombiana.⁵³

En 1994, se emite el Decreto 1938 de 1994, que tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud, en todo el territorio nacional. Obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizada para participar en el Sistema prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata el mencionado Decreto.

El Plan de Beneficios es el conjunto de actividades, procedimientos, suministros y reconocimientos que el Sistema General de Seguridad Social en Salud brinda a las personas, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general, maternidad y la incapacidad, discapacidad o invalidez derivada de los riesgos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional.⁵⁴

⁵³ Ley 100 de 1993 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.: A partir del cambio de la Constitución de 1991 en Colombia y con base en el artículo 48, la Ley 100 de 1993 se convierte en la base del Sistema General de Seguridad Social integral; para su comprensión debe tenerse en cuenta no solo las definiciones sino su composición.

⁵⁴ Lozano, P., y Morgado Valenzuela, E., “Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana”, Ed. UNAM, México, 1997, pág. 71 y ss.

El autor señala en su texto que: ... “Los planes de beneficios en los sistemas de aseguramiento constituyen una herramienta apropiada y deseable de interacción entre aseguradores, prestadores y el usuario. *El plan de beneficios en el SGSSS debe estar orientado a garantizar una interacción clara y regulada entre quienes proveen los recursos, la entidad aseguradora encargada de administrar los mismos, las entidades prestadoras de servicios y los organismos encargados de vigilar y garantizar la calidad y funcionamiento del sistema*”...

El plan de Beneficios se compone de 6 subconjuntos diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como Afiliado cotizante, como Afiliado beneficiario o familiar, como Afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁵.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

- 1) Plan de Atención Básica en Salud. P.A.B. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el Estado que contiene acciones en Salud Pública tales como acciones de información y educación para la salud, algunas acciones de prevención primaria y diagnóstico precoz.. Del P.A.B se deberán beneficiar desde el inicio del Sistema General de Seguridad Social en Salud todos los habitantes del territorio nacional

- 2) Plan Obligatorio de Salud. P.O.S. Es el conjunto de servicios de atención en salud y reconocimientos económicos al que tiene derecho, en caso de necesitarlos, todo afiliado al régimen contributivo y el mismo conjunto de servicios al que está obligada a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado. P.O.S.S. que Es una categoría transitoria que identifica el conjunto de servicios que constituye a la vez el derecho de los afiliados al régimen subsidiado y la obligación de las

⁵⁵ Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008, pág 11.

El autor expresa en el texto, su opinión crítica sobre el sistema de seguridad social en Colombia, y resalta que: "... la norma de 1993 introdujo la solidaridad, la eficiencia y la competencia para lograr equidad, calidad y cobertura. el sistema enfrenta retos importantes que pueden afectar la sostenibilidad financiera hacia el futuro.

Después de quince años, es claro que esta reforma tiene impactos importantes sobre la salud y la calidad de vida, por los cambios en cobertura y demanda de los servicios. Este hecho, sumado al monto de los recursos, es suficiente para evaluar qué ha sido bueno y dónde se debe corregir el rumbo.

El nuevo sistema ha generado impactos positivos en el bienestar de los más pobres. En la población infantil se redujo la incidencia de enfermedades, aumentó la cobertura de vacunación y se mejoró su estado de salud al nacer. También hubo impactos positivos sobre el uso de servicios esenciales, como las citas de prevención y los controles pre y post-natales. De manera importante, se redujo el "gasto de bolsillo" entre la población pobre en casos de hospitalización y compra de medicamentos ..."

Entidades Promotoras de Salud, las Empresas Solidarias de Salud y demás entidades que administren los recursos del subsidio a la demanda de servicios de salud.

- 3) El Plan Subsidiado ofrecerá también transicionalmente cobertura integral a la maternidad y al niño durante el primer año de vida, para aquellas personas de más escasos recursos, programa que se denominará el Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.
- 4) Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C.S. Son conjuntos de servicios de salud contratados mediante la modalidad de prepago que garantizan la atención en el evento de requerirse actividades, procedimientos o intervenciones no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud o que garantizan condiciones diferentes o adicionales de hotelería o tecnología o cualquier otra característica en la prestación de un servicio incluido en el P.O.S. y descrito en el Manual de Actividades, Intervenciones y Procedimientos, que podrán ser ofrecidos por las E.P.S.
- 5) Atención en Accidentes de Trabajo y Enfermedad Profesional A.T.E.P. El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantizará la atención en salud derivada o requerida en eventos de Accidente de Trabajo y Enfermedad Profesional a través de las Entidades Administradoras de Riesgos Profesionales.

La atención en salud para los eventos derivados de este riesgo serán prestados por la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el trabajador, la que repetirá contra la Entidad Administradora en la forma y condiciones establecidas en el Decreto reglamentario 1295 de Junio de 1994.

- 6) Atención en Accidentes de Tránsito y eventos Catastróficos. El Sistema General de Seguridad Social en Salud con cargo a la subcuenta de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito del Fondo de Solidaridad y Garantía, garantiza a todos los habitantes del territorio nacional la atención en salud

derivada de accidentes de tránsito con base en las normas que rigen el Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito y con cargo a la aseguradora del vehículo causante del siniestro o al FONSAT según sea el caso

Estas últimas leyes, que han cambiado sustancialmente el Sistema de Seguridad Social en salud en Colombia, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Un gobierno de cambios políticos, sociales, de apertura económica, y de un sinnúmero de proyectos para combatir la violencia, que ya reinaba en el país⁵⁶.

Gaviria impulsó la importante reforma a la Constitución, la misma que modificó la Rama Judicial.⁵⁷

En la reforma constitucional impulsada por este gobierno, se incluyó la importancia de la protección de la maternidad por parte del estado y se reguló como un derecho fundamental, exigible por vía de Acción de Tutela.

J) DECRETO 806 DE 1998.

El Decreto 806 de 1998 (artículo 80) consagra el pago de incapacidades y licencias de maternidad y establece que:

⁵⁶ Gobierno del Presidente César Gaviria Trujillo (1990-1994). Cuando Galán fue asesinado en 1989, su hijo Juan Manuel Galán, pidió a Gaviria continuar con las banderas del Nuevo Liberalismo. Con la muerte de Galán, el ex ministro Gaviria, entonces de 41 años, fue invitado por Juan Manuel Galán a tomar las banderas de la candidatura, a pesar de que Gaviria se había involucrado al galanismo apenas unos meses atrás. En marzo de 1990 Gaviria logró una contundente victoria sobre Hernando Durán Dussán y Ernesto Samper (que finalizaron prácticamente empatados) gracias al sentimiento de dolor y rabia generado en la ciudadanía por el asesinato.

Entre los problemas que Gaviria tuvo que enfrentar estuvo el recrudecimiento del narcoterrorismo de Pablo Escobar, Gonzalo Rodríguez Gacha y los demás integrantes del grupo “Los Extraditables”, que culminó con la muerte de Rodríguez Gacha en enfrentamientos con el ejército y el sometimiento a la justicia de Escobar junto con otros miembros del Cartel de Medellín.

⁵⁷ Esta importante reforma a la Constitución Política de Colombia, otorgaba al Presidente de la República, entre otras, las facultades para nombrar al Fiscal General de la Nación (art. 249), al Representante de la Sala Jurisdiccional del Consejo Superior de la Judicatura (art. 256) y al de la Corte Constitucional (art. 239).

“Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el periodo, y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social de las entidades promotoras de salud ni de las adaptadas”⁵⁸.

Es decir, que, cuando el empleador se encuentre en mora de pago de los aportes al Sistema de Seguridad Social, por tal rubro, y se genere la licencia por maternidad o enfermedad general, será el empleador quien deba pagar la totalidad de la prestación por todo el periodo de mora, ya que el Sistema General de Seguridad Social no procederá a su reconocimiento, siendo requisito previo para el pago de las prestaciones sociales por parte del Sistema, el ingreso efectivo por parte del empleador, en forma mensual.

Así mismo, y como se expondrá posteriormente, si el trabajador no cotiza al Sistema General de Seguridad Social, por tratarse de un trabajo informal, autónomo, o de ingresos inferiores al salario mínimo legal vigente, no habrá lugar a la prestación de contenido económico, solamente, se podrá acceder a la prestación material, por parte del ICBF⁵⁹, consistente en la entrega de alimentos en especie, para la madre y el neonato.

Dicho Decreto 806 se aprueba durante el Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano, (1994-1998)⁶⁰. Quien tuvo el propósito de dar durante su

⁵⁸ Decreto 806 de 1998. Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

⁵⁹ Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, creado en 1968, es una entidad del estado colombiano, que trabaja por la prevención y protección integral de la primera infancia, la niñez, la adolescencia y el bienestar de las familias en Colombia. El ICBF con sus servicios brinda atención a niños y niñas, adolescentes y familias, especialmente a aquellos en condiciones de amenaza, insolvencia o vulneración de sus derechos. La Entidad cuenta con 33 regionales y 206 centros zonales en todo el país, llegando a más de 8 millones de colombianos con sus servicios.

⁶⁰ Gobierno del Presidente Ernesto Samper Pizano (1994-1998). Presidente liberal, que se preocupó también por el tema de los Derechos Humanos y, más concretamente, por la aplicación del Derecho

gobierno un “salto social”, que se cumplió con la duplicación, durante el cuatrienio, del porcentaje del Producto Interno Bruto PIB, destinado a la inversión social y la creación de programas de focalización social como el Sistema de Identificación y clasificación de potenciales Beneficiarios para programas sociales SISBEN⁶¹ que permitió ampliar a 23 millones el número de colombianos recibiendo servicios de salud, la Red de Solidaridad Social, orientada a proveer apoyos económicos a sectores marginales sociales y geográficos, la creación del Ministerio de Cultura, la entrega de tierras a las comunidades indígenas y afro colombianas, la titularización masiva de predios urbanos, el programa PLANTE para sustitución social de cultivos ilícitos y avances significativos en la cobertura educativa y de acueductos.

K) DECRETO 047 DE 2000 y LEY 755 DE 2002.

El Decreto 47 de 2000, en su artículo 3º numeral 2, reguló los periodos mínimos de cotización, y estableció que para que la mujer trabajadora embarazada, goce de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad deberá aportar al Sistema de Seguridad Social, en calidad de afiliada cotizante.

Internacional Humanitario en medio del conflicto armado colombiano. En su gobierno se aprobaron los protocolos I y II de la Convención de Ginebra.

En su mandato se desarrolló una agresiva política integral de lucha contra el narcotráfico que incluyó la destrucción de cultivos ilícitos, la destrucción de laboratorios para el procesamiento de drogas, la incautación de insumos químicos, la interdicción aérea y marítima de cargamentos de drogas, la lucha contra el lavado de activos a través de medidas draconianas como la extinción del dominio de bienes adquiridos ilícitamente y el combate de organizaciones criminales como el Cartel de Cali considerado como uno de los carteles más perseguidos del mundo que fue totalmente desmantelado.

⁶¹ Sistema de Identificación y Clasificación de Potenciales Beneficiarios para Programas Sociales Sisben. El SISBEN es un sistema técnico de información diseñado por el Gobierno Nacional, que a partir de una encuesta permite identificar y clasificar a las personas y familias según las condiciones socioeconómicas en las cuales viven.

El objetivo del Sisben es convertirse en una herramienta para la priorización del gasto social que realizan distintas entidades del Estado. Los antecedentes normativos del Sisben están contenidos en la Constitución Política de 1.991, Ley 715 de 2001, Ley 1176 de 2007, los Documentos Conpes Social: 055 de 2001, 100 de 2006, 117 de 2008, el Decreto 4816 de 2008 y el Decreto Distrital 083 de 2007 y demás disposiciones que las complementan y desarrollan.

El Departamento Nacional de Planeación es la entidad que diseña la metodología del Sisben a nivel nacional; consolida las bases de encuestados de todos los municipios y distritos del país, valida la información y la certifica.

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

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

Los requisitos para el acceso a la prestación por maternidad, son los siguientes:

- a) La trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud.
- b) En el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa que solicita el reconocimiento.
- c) Los aportes durante los nueve meses anteriores (período de gestación) a la fecha de inicio de la licencia o del Acta de Colocación deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes).
- d) La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia.
- e) La vigencia para el cobro de las incapacidades y licencias de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad (artículo 23 de la resolución 2266 de 1998 Concepto No. 178377 del 11 de junio de 2009 del Ministerio de Protección Social).

Con el pasar de los años, y a través de algunos decretos reglamentarios, que fijaban los procedimientos aplicables para hacer efectivo este tipo de prestaciones sociales, como la licencia de maternidad, se promulgó la Ley 755 de 2002, de la cual, se comentarán los aspectos más importantes en el apartado correspondiente a la normativa aplicable.

Ambas iniciativas legislativas, fueron promovidas durante el Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango, quién asumiese el mandato para intentar fallidamente la paz territorial, concediendo una zona de despeje a los grupos insurgentes⁶².

L) LEY 823 DE 2003 y PROYECTO DE LEY 060 DE 2007.

La Ley 823 de 2003, tendiente a establecer la igualdad de oportunidades para las mujeres, garantiza especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre adscrita a ningún régimen de salud.

⁶² Gobierno del Presidente Andrés Pastrana Arango (1998-2002) Del partido conservador, inició inmediatamente un proceso de diálogo con la guerrilla. Siendo candidato Pastrana había ofrecido a la guerrilla una zona de despeje para llevar a cabo allí los diálogos, el Cagúan.

En este momento del conflicto armado, que puede llamarse la guerra por la cocaína entre guerrillas y paramilitares, el presidente Andrés Pastrana Arango intentó una negociación de paz con las Farc y como garantía para los negociadores de las guerrillas despejó de fuerza pública tres municipios del Caquetá y uno del Meta, en la región del río Caguán, desde el 7 de noviembre de 1998.

Los diálogos de paz, con participación de organizaciones de la sociedad civil en mesas de discusión temática, fracasaron por exceso de temas de negociación y falta de estrategia negociadora del gobierno, pues se acordó una amplia agenda de temas de 110 puntos, que comprendían todas las instituciones y problemas políticos, sociales y económicos del país. el área desmilitarizada de 42 mil kilómetros cuadrados se le conoció como zona de distensión la cual originalmente debería durar seis meses.

Después de una controvertida extensión de su vigencia y de varios acontecimientos como secuestros, asesinatos y reportes de actividades ilícitas en la zona de despeje, El presidente reconoció que el dialogo de paz había resultado inútil, y que por tanto se procedería a recuperar la zona despejada.

Al iniciar esta investigación, era la Ley 823 de 2003, la que se encontraba vigente, en concordancia con la ley 100 de 1993, y demás decretos reglamentarios vigentes, en los cuales se reglamenta todo lo referente a las prestaciones sociales y de carácter económico que tienen por objeto, garantizar entre otros derechos, el de la maternidad, concediendo el fuero de maternidad, como un medio de protección a la mujer en estado de embarazo, frente a su empleador y reconociéndole los efectos económicos y jurídicos derivados de la licencia de maternidad.

Este proyecto de ley, tenía por objeto, proteger la maternidad, el parto digno, y modificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, en cuanto a número de días de licencia remunerada por maternidad.

La Senadora, Alexandra Moreno Piraquive, presentó en el Congreso de la República una iniciativa que buscaba ampliar de manera obligatoria de doce a catorce semanas el periodo de licencia de maternidad, el cual se iniciaría quince días antes del alumbramiento.

Según argumentó en su momento la congresista, apoyar la maternidad de la mujer trabajadora dándole un mayor estímulo al otorgarle dos semanas más de licencia remunerada con anterioridad al parto, permitiría proteger la salud del bebé y de la madre, durante los días de mayor riesgo. De igual manera, sostuvo en su iniciativa legislativa, que:

“En Colombia la mayoría de madres embarazadas que trabajan corresponden a los estratos sociales 1 y 2⁶³ y son mujeres que al finalizar el ciclo de gestación tienen que desplazarse en autobuses llenos, hacer filas y soportar

⁶³ La estratificación social es la conformación en grupos verticales diferenciados de acuerdo a criterios establecidos y reconocidos. La estratificación social da cuenta o es un medio para representar la desigualdad social de una sociedad en la distribución de los bienes y atributos socialmente valorados. El concepto de estratificación social implica que existe una jerarquía social así como una desigualdad social estructurada. Un estrato social está constituido por un conjunto de personas, agregados sociales, que comparten un sitio o lugar similar dentro de la jerarquización o escala social, con similares creencias, valores, actitudes, estilos y actos de vida. Se caracterizan por su relativa cantidad de poder, prestigio o privilegios que poseen. Si bien el punto central de la estratificación se refiere a la distribución de bienes y atributos. También se puede considerar sobre la base de la etnicidad, género y edad.

incomodidades que terminan afectando la salud del bebe y de la madre, ya que durante las dos semanas que anteceden al parto se presenta el periodo más crítico. Es así como el incremento de dos semanas al descanso por maternidad, anteriores al parto, favorecen a la mujer, no solo en el plano psicológico, sino también desde la perspectiva de su bienestar físico”.

Desde el punto de vista médico al aumentar la ley el período de las licencias de maternidad, se favorecía de manera general la posibilidad de que más niños reciban durante más tiempo lactancia materna, lo cual, sin duda, redundará en mayor bienestar para la población infantil beneficiaria.

Este Proyecto de Ley, planteaba la posibilidad de que, siempre y cuando no medie una situación de urgencia médica, se disfrutase de dos semanas de licencia antes del nacimiento. Esta semana le permitiría a la madre prepararse tanto física como mentalmente, para la llegada de su hijo o su hija.

Así mismo, a través de esta iniciativa legislativa, se pretendía hacer un trato diferencial de los nacimientos prematuros⁶⁴ (niños pre-término) y los nacimientos múltiples,⁶⁵ ya que estos grupos de recién nacidos se han incrementado en los últimos años y, en conjunto, ya representan un poco más del diez por ciento de todos los nacimientos en Colombia⁶⁶, cifra que tiende al aumento, a nivel mundial, entre otras razones, como consecuencias de las técnicas de reproducción asistida⁶⁷.

⁶⁴ Según la OMS, Parto prematuro es aquél que se produce antes de completar las 37 semanas de edad gestacional. Siempre se ha dicho que la mejor incubadora es el útero materno, por eso cuanto más tiempo pueda permanecer el bebé en el útero, mejor pronóstico tendrá el bebé. Lo mejor terapia para el parto prematuro es prevenirlo.

⁶⁵ Las complicaciones maternas en partos múltiples, son 3-7 veces más frecuentes. Por lo general, el embarazo y parto múltiple tiene mayor riesgo de morbilidad y mortalidad perinatal, de tal forma que puede decirse que prácticamente todos los riesgos del embarazo único aumentan en el múltiple.

⁶⁶ Estudio “Censo Poblacional y diversidad socio-cultural” del Departamento Administrativo Nacional de Estadística de Colombia DANE, año 2006.

⁶⁷ Castro De Arenas, R.H., “La Reproducción Humana Asistida” Ed. Forum Pacis, Bogotá, 1995, pag. 110 y ss.

El permitirles a las madres acompañar ahora el proceso de recuperación de los prematuros (se les reconoce como licencia también las semanas que le faltaron al embarazo para alcanzar el término, que es treinta y siete semanas) mejoraría la recuperación de ellos y, como ha sido demostrado por múltiples estudios, favorecería la generación de afecto entre la madre y el recién nacido de forma prematura, con lo que se previene de manera colateral el maltrato infantil.

Pero el Proyecto de Ley que ahora se comenta, también ha sido criticado. Ya que, desde el punto de vista médico, el cálculo de la edad gestacional (esto es, la edad en semanas con que se nace) se hace en la mayoría de los casos por métodos indirectos, los cuales pueden llegar a tener hasta dos semanas de margen de error, lo cual podría llegar a generar confusión en la aplicación de la normativa que se procuraba⁶⁸.

Ahora bien, este Proyecto de Ley, después de casi tres años de fallidos intentos por convertirse en Ley de la República, solo alcanzó este status normativo el pasado 30 de junio de 2011, Legislación que analizaremos a continuación.

Tanto la Ley, como el Proyecto de Ley expuestos, se impulsaron durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, quién renovó a través de múltiples reformas, el poder público en Colombia, y combatió de manera contundente las fuerzas armadas al margen de la Ley⁶⁹.

El autor comenta en su texto que *“... Se puede afirmar que en Colombia, los instrumentos jurídicos tradicionales de protección del nasciturus comienzan a ser insuficientes ante los nuevos fenómenos científicos y de otro tipo que giran en torno al mismo.*

Estos problemas se han detectado en varios sectores del ordenamiento jurídico, en primer lugar en el civil, respecto del cual se ha puesto incluso en duda la validez de las fórmulas legales tradicionales para determinar la personalidad humana ...”.

⁶⁸ Gómez H., J.A., “Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia”, Ed. Equidad, Bogotá, junio 30 de 2011,

El autor hace especial énfasis en el cálculo de la edad gestacional, señala que *“... La edad gestacional no debe ser confundida con la edad de fertilización, también llamada edad de concepción o edad de desarrollo de un embrión o feto. La edad de fertilización siempre comienza a contarse desde el momento de la fertilización y la edad gestacional unas dos semanas de mayor edad. Se considera un embarazo a término al cabo de 40 semanas (280 días), con un rango normal entre 37 y 42 semanas ...”.*

⁶⁹ Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez (2002-2010). Proveniente del Partido Liberal colombiano, Su mandato presidencial se ha caracterizado por la lucha frontal contra los grupos irregulares en Colombia y el

M)LEY 1468 DE JUNIO 30 DE 2011.

Ley 1468 “Por la cual se incrementa la licencia de maternidad de 12 a 14 semanas y se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”

Esta Ley tiene su origen en el Proyecto de Ley 060 de 2007, anteriormente expuesto, y conserva su objetivo principal de protección a la maternidad y parto.

En un Estado Social de Derecho, acogido en Colombia desde 1991, donde prima el principio y el derecho fundamental a la igualdad, es imperante que se generen acciones positivas a favor de quienes están en condición de debilidad o en situación de vulnerabilidad, sujetos de especial protección como lo son los niños, las personas de la tercera edad y las mujeres en estado de gestación entre otros.

Es por esta razón, que la Carta Magna, brinda especial protección a las mujeres que gozan del privilegio de experimentar la maternidad, y es así como el artículo 43 de la Constitución Política de Colombia⁷⁰ hace merecedora a la mujer, durante el embarazo y después del parto, de una especial protección por parte del Estado, señalando que si encontrándose en tal situación (embarazo y/o parto), estuviere desempleada o desamparada, el Estado deberá otorgarle un subsidio alimentario.

narcotráfico bajo un programa de gobierno denominado “*Política de Seguridad Democrática*” que es amparado en parte por el Plan Colombia y ha sido criticado por sectores de la oposición y disidentes. El gobierno de Uribe llevó a cabo una controvertida desmovilización de grupos paramilitares activos dentro de las AUC, que incluyeron La Ley de Justicia y Paz, para reducir los espacios de acción de las guerrillas como las FAC y el ELN.

En su primer mandato, se expidió la ley 823 de 2003, que es la más reciente en materia de licencia de maternidad, y cursa en el congreso de la República, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por maternidad. Y en su segundo mandato, se encuentra en trámite, un proyecto de ley, encaminado a incrementar el número de semanas de descanso remunerado por licencia de maternidad.

⁷⁰ Art. 43 Constitución Política de Colombia. “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”.

Siendo concordante con este imperativo Constitucional, la licencia de maternidad como prestación económica, permite a la madre disfrutar de un descanso remunerado a fin de tener una recuperación adecuada, además de brindar la mejor atención y los óptimos cuidados al recién nacido. Lo anterior garantiza la protección de los derechos fundamentales de todo ser desde el mismo día de su llegada al mundo, incluso desde antes de nacer.

La llegada del nuevo ser, trae consigo una serie de miedos y tensiones normales que exigen un trato especial para la madre ya que de ella depende el bienestar del bebé. La salud de las generaciones presentes y futuras depende en gran manera de hechos y condiciones que anteceden al nacimiento de una persona, lo que nos lleva a disponer de las herramientas necesarias que permitan el desarrollo armónico del ser humano.

El derecho al reconocimiento y pago de la licencia por maternidad, está consagrado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo⁷¹, así como en el artículo 207 de la ley 100 de 1993⁷², donde se disponía con anterioridad a la reforma que se comenta, que toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a doce semanas de licencia remunerada con el salario que esté devengando al entrar a disfrutar del descanso (esta disposición estuvo vigente

⁷¹ Art. 236 del C.S.T. antes de la aprobación de la Ley 1468/2011 “ARTÍCULO 236. <Artículo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990. El texto era el siguiente:

“1.-Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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

a). El estado de embarazo de la trabajadora

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.”

⁷² Ley 100/93 “... ARTÍCULO 207. DE LAS LICENCIAS POR MATERNIDAD. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC ...”.

hasta la promulgación de la Ley en análisis⁷³). Sin embargo la Organización Internacional del Trabajo OIT estableció en el Convenio 103 de 1952, prolongar la licencia de maternidad a catorce semanas, situación que se consigue mediante esta Ley, promulgada en junio de 2011, condiciones que evidenciaban un atraso de 58 años en Colombia en esta materia.

Se debe precisar que la ley empezó a regir el 30 de junio de 2011; por ello, a los partos ocurridos antes de la mencionada fecha no les son aplicables las disposiciones de la Ley 1468, debido a los efectos no retroactivos de la misma.

Según la OIT, en la actualidad ciento diecinueve países dan cumplimiento a la licencia mínima de doce semanas; de éstos, sesenta y dos otorgan licencias de una duración de catorce semanas o superior.

La norma objeto de análisis, señala que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“ART. 236.—Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

Las novedades introducidas por esta Ley, que empezó a regir el 30 de junio de 2011, son principalmente tres:

- a) La primera novedad que se encuentra en esta normativa, es que el Legislador regula dos situaciones que se encontraban ausentes

⁷³ Ley 1468 de 30 de Junio de 2011, Por la cual se incrementa el número de semanas de la licencia por maternidad de 12 a 14 semanas remuneradas.

anteriormente, y son el parto prematuro y el parto múltiple⁷⁴. Indicando que se tendrán en cuenta las diferencias entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, y que las mismas, se sumarán a las catorce semanas que establece la nueva Ley en análisis⁷⁵.

- b) Otra novedad de la Ley que se comenta, es que en caso de fallecimiento de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.
- c) Y por último, en cuanto a que la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (licencia de maternidad preparto), cabe resaltar que lo único que constituye una novedad es que, ahora, la mujer está obligada a tomar la semana anterior a la fecha probable de parto, puesto que, desde la Ley 50 de 1990, en su Artículo 34⁷⁶, se estableció que la mujer embarazada gozaba del

⁷⁴ Art. 5 Ley 1468/2011: *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más”.*

⁷⁵ Art. 236 Num. 5 C.S.T. : *“La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.*

⁷⁶ Art. 34 Ley 50/1990: El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: *“Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.*

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.

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

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”.

derecho a optar por disfrutar su licencia de maternidad dos semanas antes de la fecha del alumbramiento, opción que la Ley en análisis, modifica y constituye en exigencia el hecho de que la mujer descanse obligatoriamente (y ya no a opción personal), la semana anterior a la fecha probable del parto.

Sin embargo, esta Ley nos deja algunos interrogantes, sobre los que es preciso incidir.

En primer lugar, la ley establece que para hacer el cálculo de la licencia se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término. En el análisis que ahora se realiza, se concluye que, el legislador yerra al referirse en esta disposición a "fecha gestacional", pues el término técnico es edad gestacional, que se calcula a través de varios métodos científicos, que van desde la fecha de la última menstruación, pasando por las ecografías del primer trimestre, hasta el examen físico del recién nacido.

Con base en lo anterior, se entiende que el nacimiento a término es solo verificable cuando, después del nacimiento, se hace evidente que la criatura tiene al menos treinta y siete semanas de edad gestacional⁷⁷.

En cuanto al parto múltiple, es decir, cuando el número de nacidos es igual o superior a dos, se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Según criterio médico, es común que un parto múltiple sea prematuro; por tanto, el legislador los reguló dentro del mismo numeral, y aclaró que se deberá tener en cuenta el mismo cálculo realizado en el evento del parto prematuro para conceder

⁷⁷ El siguiente ejemplo ilustra una forma de efectuar el cálculo, de acuerdo con lo que conjeturamos que quiso decir la ley: supongamos que una mujer tiene a su hijo o a su hija en la semana treinta y cuatro, es decir, el parto es prematuro.

La madre tendrá entonces derecho a disfrutar de catorce semanas, más tres adicionales, para un total de diecisiete semanas de licencia de maternidad.

Es necesario precisar aquí que el embarazo representa un riesgo fisiológico, y la probabilidad de morir en los primeros veintiocho días de vida de un recién nacido con treinta y siete semanas de edad gestacional es de 0,66 por ciento, el doble del que nace en la semana treinta y nueve.

la licencia de maternidad y, sobre ese resultado, se adicionarán dos semanas más⁷⁸.

Pero, con respecto a una de las novedades introducidas por esta Ley, surgen algunas inquietudes: ¿Cuál de las EPS debe pagar la licencia?, ¿La EPS de la madre fallecida o la del cónyuge o compañero supérstite?. Si la madre tuviese un salario inferior al del padre, ¿cuál sería el valor de la licencia de maternidad transferida al padre por los días faltantes?

Así las cosas, esta ley requiere una reglamentación que aclare los postulados en ella contenidos. El Gobierno debe adquirir el compromiso de hacer seguimiento de las repercusiones que tenga en la contratación laboral de mujeres, ya que la maternidad es una de las razones por las cuales las mujeres se han visto marginadas del mercado laboral, y es probable que se presenten casos de discriminación en el acceso al empleo.

No cabe duda, que para las madres trabajadoras, la recién expedida Ley 1468, que amplía el período de licencia remunerada de maternidad de doce a catorce semanas, es indudablemente buena. Para ellas, para su familia y, sobre todo, para su recién nacido. Para los empleadores, su cumplimiento supone un esfuerzo y un costo adicional.

Esta Ley, se promulga durante el mandato presidencial actual de Juan Manuel Santos Calderón⁷⁹, mandato durante el cual, se han aprobado diversas leyes

⁷⁸ Siguiendo el ejemplo antes desarrollado, en el caso que ese parto hubiese sido múltiple y prematuro, la madre tendría derecho a una licencia de maternidad de 19 semanas (tres adicionales por prematuridad y dos más por gestación múltiple).

⁷⁹ Gobierno del Presidente Juan Manuel Santos Calderón (2010-2014). El gobierno actual, en cabeza del Presidente Santos, a pesar de las dificultades que ha tenido que afrontar en cuanto a incrementos importantes en los índices de pobreza y damnificados que azotan el país, así como de ataques terroristas protagonizados en su inmensa mayoría por los grupos subversivos al margen de la ley, ha incidido en reformas sociales, laborales y de seguridad social, en pro de la justicia social, la estabilidad laboral y la igualdad de trato y oportunidades para hombres y mujeres.

dirigidas a la protección de la mujer, la igualdad de trato, la protección contra la violencia de género, la igualdad de oportunidades, y la protección por maternidad, que analizaremos a fondo a continuación, y que supone un avance considerable para el país, en lo que a Seguridad Social se refiere, y conforme a las recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo OIT.

Al iniciar este capítulo de la tesis, el incremento de las semanas de licencia por maternidad, de doce a catorce semanas, era aún un Proyecto de Ley que cursaba su primer debate en el Congreso de la República, en donde estuvo aparcado por un periodo superior a los tres años, por lo que se ha considerado pertinente hacer mención a las pretensiones de dicho Proyecto en el acápite anterior, ya que dicho proyecto de ley, fue presentado durante el Gobierno del Presidente Álvaro Uribe Vélez, pero la ley se aprobó en el mandato actual en cabeza del Presidente Juan Manuel Santos Calderón.

1.2. NORMATIVA APLICABLE.

La normativa que regula esta prestación o contingencia en la legislación colombiana, se encuentra en:

- a) Código Sustantivo del Trabajo (artículos 236 y ss)
- b) Ley 100 de 1.993 (Ley General de la Seguridad Social)
- c) Ley 755 de 2002
- d) Ley 823 de 2003
- e) Ley 1468 de 2011

1.2.1 Código Sustantivo del Trabajo

El Código Sustantivo del Trabajo es un conjunto unitario, ordinario y sistematizado de normas y principios jurídicos, tendientes a regular las relaciones jurídico-laborales entre el patrono y el empleado. La finalidad primordial de este Código es

la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social. El Código Sustantivo del trabajo, rige en todo el territorio de la República de Colombia, para todos sus habitantes, sin consideración a su nacionalidad⁸⁰.

Respecto a la protección a la maternidad, la misma quedó regulada en los artículos 236 a 246 del Código Sustantivo del Trabajo, en los cuales se le concede a la mujer, en la época de parto, y en caso de aborto o parto prematuro no viable, una licencia de maternidad de ocho semanas. Sobre este compendio articulado de normas, se comentará a lo largo del trabajo.

⁸⁰ Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007, págs. 47 a 51. La autora señala brevemente como surge en Colombia el Código Sustantivo del Trabajo, de la siguiente manera:

"... En el año 1950, bajo el gobierno de Mariano Ospina Pérez, se promulgaron el decreto legislativo 2663 y el decreto 3743, que dieron origen a nuestro Código sustantivo de trabajo; allí se recopiló la cantidad de normas que, en forma dispersa y caótica, existían sobre las relaciones de trabajo y sobre los derechos y garantías de los trabajadores. Los anteriores decretos fueron adoptados mediante la ley 141 de 1961 como legislación permanente del trabajo.

La legislación laboral colombiana se desprendió de la normativa civil. En efecto, el Código civil colombiano estructuraba los requisitos de un contrato, bien fuera de arrendamiento o compraventa; de allí se tomaron las características que identifican el contrato de trabajo en la actualidad.

A la llegada de los españoles a tierras americanas, hallaron a nuestros aborígenes, desempeñándose en faenas rudimentarias, tales como la caza y la pesca, actividades estas realizadas bajo las órdenes impartidas por el jefe del grupo o cacique en cada tribu. Una vez iniciada la conquista, los españoles se dieron a la tarea de imponer sus costumbres y usos y fueron introduciendo cambios, y así a los indígenas se les obligó a cultivar las tierras, con el fin de procurar su alimentación, y a explorar las minas para beneficio de aquéllos, que necesitaban del oro para cumplir su cometido: ser poderosos.

Durante la colonia, los españoles dominaron nuestras comarcas, en consecuencia, nos impusieron sus normas, regulando con ello todos los aspectos de la vida de las personas, durante dicha época.

En el aspecto laboral durante la mencionada época, se crearon instituciones que tuvieron plena vigencia hasta que se dio la independencia.

Para lograr sus objetivos, los españoles, durante la conquista y la colonia impusieron sus normas, a través de órdenes y decretos los cuales fueron recopilados, en el reinado de Carlos II de España, con el nombre de LEGISLACIÓN INDIANA, la cual tuvo como fin esencial la protección de los derechos laborales de los indígenas."

Durante la presidencia del Doctor José Hilario López, quedó abolida la esclavitud en Colombia, enero 1 de 1852, y es así como empiezan a aparecer algunas leyes sociales, que constituyen el fundamento de lo que hoy se conoce como Código sustantivo del trabajo.

A) LEY 100 DE 1993.

Esta ley crea el Sistema de Seguridad Social Integral, en ella contempla en el régimen de salud manejado a través de la EPS el pago de la licencia de maternidad.

El artículo 166 de esta ley, estableció que el plan obligatorio de salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del postparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.

Para las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año, pertenecientes al régimen subsidiado, recibirán un subsidio alimentario del Instituto Colombiana de Bienestar Familiar, ICBF⁸¹.

B) LEY 755 DE 2002.

A través de esta Ley, se modificó el Código Sustantivo del Trabajo, y se introdujo al ordenamiento la llamada “Ley María”, en la que se estableció, que la “ la trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto, tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley”. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se concederán al padre ocho (8)

⁸¹ El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, ICBF, es una Institución Estatal, con cubrimiento nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio, adscrito al Ministerio de Salud. Cuenta con una sede Nacional, 28 regionales, 5 agencias a nivel departamental, 199 Centros Zonales a nivel municipal. El ICBF tiene por objeto propender y fortalecer la integración y el desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos. Su misión es la de promover, asesorar, evaluar programas y servicios de atención, orientados a satisfacer las demandas de niños, niñas, jóvenes y familias, para lo cual, en el marco de la descentralización. Constituye el ente rector del Sistema Nacional de Bienestar Familiar (SNBF), trabaja conjuntamente con organizaciones públicas, privadas, con la participación de la comunidad, bajo criterios de corresponsabilidad, cogestión y co-financiación. (Fuente: Web Oficial: www.icbf.org.co)

días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”, normativa, que se encuentra actualmente en vigor.⁸². y que procede con independencia de las 12 semanas de licencia a favor de la madre.

La ley ha recibido el nombre de “Ley María” ya que María, es la hija de Juan Lozano, quien fuese en aquel momento, el Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo, y la inspiración de una norma que hoy les otorga ocho días a los hombres para involucrarse en el cuidado, alimentación y atención del pequeño ser desde su arribo al mundo.

Según declaraciones, que en su día presentara el responsable de la iniciativa legislativa, *“La Ley surgió de la mortificación que le produjo al padre, al día siguiente del nacimiento de María tener que trabajar o declararse en calamidad, cuando lo que estaba era celebrando un evento jubiloso”*. Pensó que se quebrantaba el derecho fundamental de la niña de recibir cariño, afecto, ternura, tener la compañía de su padre y que, además, se generaba una vulnerabilidad especial para la madre, quedándose sola. Ese mismo día “tomó la decisión de promover la ley”.

Como ya se dijo con antelación, pero cabe lugar a su reiteración, la contundente filosofía inspiradora de la institución que nos ocupa nos lleva a predicar que esa cercanía de los padres (biológicos o civiles) se constituye en derecho fundamental del menor (neonato o no —hasta 7 años-), como que es inherente a su esencia e indispensable para el desarrollo integral y armónico en su primera etapa afectiva.

⁸² Ley 755 de 2002. Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.: Modifícase el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: *“Artículo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 12 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro (4) días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud. En el evento en que ambos padres estén cotizando al Sistema General de Seguridad Social en Salud*, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.*

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad”...

**Texto anterior a la modificación (Subrayado fuera de texto)*

En ese orden de ideas y como se expresó anteriormente, puede predicarse esta licencia, por ejemplo, para abuelos, tíos o hermanos, y otros, que deban velar por el menor, y con cargo al Sistema de Seguridad Social., y dada la agilidad que precisa su reconocimiento, la vía de la Tutela es camino adecuado para reconocer, en cada caso, su procedencia y obligatoriedad.

C) LEY 823 DE 2003.

En la mencionada ley, en su artículo 7, se establece que conforme a lo dispuesto en el artículo 43 de la Constitución Política, la mujer gozará de la especial asistencia y protección del Estado durante el embarazo y después del parto. Para el cumplimiento de esta obligación, el Gobierno Nacional, diseñará planes especiales de atención a las mujeres no afiliadas a un régimen de atención en seguridad social

En la misma normativa de 2003, se establece también, un subsidio alimentario para la mujer, que estando en embarazo se encuentre en situación de desempleo o desamparo.⁸³ Esta normativa se comentará en detalle posteriormente.

D) LEY 1468 DE 2011.

⁸³ Ley 823 de 2003. Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres.

Véase en el mismo sentido:

Quintero, B., "Análisis Preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007, págs. 4 a 21.

En el texto la autora comenta que: *"La Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva se diseñó en el 2003, en el gobierno de presidente Álvaro Uribe y se implementa casi de manera simultánea con la aprobación de la Ley 823. Por esta razón, la Ley no impactó en la definición de esta Política. Los contenidos de la Política puede considerarse hoy un marco de atención para otras políticas que en materia de salud se implementen; los principales asuntos que trabaja son: maternidad segura, planificación familiar, salud sexual y reproductiva de los adolescentes, cáncer de cuello uterino, infecciones de transmisión sexual incluyendo VIH/SIDA y violencia doméstica y sexual ..."*

La Ley 1468 constituye una reivindicación de los derechos de la mujer trabajadora embarazada, considerada por la Corte Constitucional Colombiana, como sujeto especial que merece una protección y una estabilidad reforzada por parte del sistema jurídico.

Cabe anotar, que esta Ley habla concretamente de "mujer trabajadora" o asalariada, es decir, la vinculada mediante contrato laboral. Queda la duda de qué pasará con las mujeres que trabajan bajo contrato de prestación de servicios. El mismo Estado, cada vez más, contrata mujeres por esta modalidad, sin todas las garantías laborales. Es posible que a través de la jurisprudencia, se hagan extensivos dichos beneficios a las mujeres contratistas. Sobre esta normativa se comentará detalladamente a lo largo del presente trabajo.

1.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

Como veremos, la licencia de maternidad en Colombia, al igual que en España, tiene como objeto principal, el cuidado del hijo y la recuperación de la madre. Esta licencia de Maternidad, consiste en el tiempo de descanso que se otorga a la mujer próxima a dar a luz o que ya ha tenido su bebé. Colombia concede catorce semanas, mientras España otorga 16 semanas.

Para determinar el acceso a la licencia de maternidad en Colombia, en caso de adopción, el Código Sustantivo del Trabajo (artículo 236), establece que: "todas las provisiones y garantías establecidas para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y cuando fuere procedente, para la madre adoptante del menor de siete años de edad, asimilando la fecha de parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta".

Tal y como lo señala la Corte Constitucional Colombiana (Sentencia C- 273 de 2003) : "El núcleo esencial de ese derecho no admite distinciones basados en la forma de nacimiento, pues el cuidado y el amor se requieren con independencia

de la forma de ingresar a la familia, razón por la cual el legislador no ha introducido un trato discriminatorio entre hijo adoptivo e hijo biológico”.⁸⁴

1.4. BENEFICIARIOS.

Al igual que en la legislación española, la licencia por maternidad que se recibe durante la suspensión del contrato de trabajo por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, serán beneficiarios de la misma, la madre y el padre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial.

Ahora bien, dentro de los tipos de beneficiarios, encontramos:

- a) Trabajadores Autónomos, Independientes o por cuenta propia.
- b) Trabajadores por cuenta ajena.
- c) Derecho a opción de la madre.

a) Trabajadores autónomos, independientes o por cuenta propia.

En caso de laborar por contrato de prestación de servicios y cotizar como empleada independiente, el seguro deberá hacerle el reembolso del dinero.

El valor que será reconocido durante la licencia es el equivalente al 66,6% de su salario mensual. Para tener derecho a la remuneración, la madre debe haber cotizado mínimo los nueve meses de gestación del bebé y no haber dejado de pagar los últimos seis meses.

Si ocurre que se ha dejado de cotizar el pago de la licencia corresponderá al monto proporcional de lo abonando hasta la fecha.

⁸⁴ La misma Sentencia, señala que: “... Sin duda, la sociedad colombiana será mejor, más justa, más pacífica, más equitativa, más armónica si a nuestros niños, en virtud de este proyecto, se les permite duplicar el amor, el cuidado, el afecto y la ternura que recibe durante las primeras semanas de su existencia ...”.

Los requisitos para acceder a la contingencia por maternidad en caso de ser trabajadora autónoma o independiente, son los mismos que deben cumplir las trabajadoras dependientes o por cuenta ajena, y los beneficios también, pues no hay una normatividad especial que les diferencie o discrimine.

En consecuencia, la licencia de maternidad será por el mismo tiempo (14 semanas) y el monto será el mismo, esto es el salario que esté devengando al momento de iniciar la licencia según lo contempla el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo.

No obstante, en este último aspecto es donde hay cierta diferencia, puesto que en realidad la Entidad Prestadora de Salud reconocerá la licencia de maternidad no sobre el salario que devengue el trabajador sino sobre el ingreso base de cotización, y tratándose de trabajadores independientes este es el 40% del ingreso mensual obtenido por el trabajador, 40% que de ningún momento puede ser inferior al salario mínimo mensual.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

En este caso, por el hecho de encontrarse vinculada a través de contrato de trabajo, se produce la suspensión del mismo, por el hecho de la maternidad, lo que asegura a la trabajadora la estabilidad laboral reforzada, por encontrarse amparada por el fuero de maternidad.

Este tema se desarrollará con profundidad a lo largo de la investigación.

c) Derecho a opción de la madre.

Este derecho no opera de igual manera en la legislación española y colombiana, ya que en la legislación colombiana, el derecho del padre a disfrutar de la licencia

por paternidad, solo está sujeto al cumplimiento de los requisitos de acceso a la contingencia, y no a la voluntad de la madre. Si el padre trabaja y cotiza a la seguridad social, tiene derecho a disfrutar de los 8 días legalmente establecidos para tal fin, con independencia de que la madre cotice o no, y sin que la misma tenga que cederle parte de su descanso por maternidad para posibilitar el disfrute por parte del padre.

1.5. FINALIDAD.

La licencia de maternidad, es una prestación cuya finalidad es la de sustituir rentas salariales ante la imposibilidad de la madre de laborar por su situación de madre reciente, frente a lo cual, el Estado, le proporciona el dinero, previo el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente para posibilitar el acceso al mencionado subsidio⁸⁵.

Pero según la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la naturaleza de la licencia de maternidad, no está limitada sólo al aspecto económico.

En efecto, ha dicho esta Corte que las prestaciones relacionadas con la protección a la maternidad, involucran derechos fundamentales, que pueden ser objeto de protección a través de la acción de tutela, al analizar el contenido de los artículos 13, 42, 43 y 44 de la Constitución (derechos a la igualdad de la mujer, protección a la familia y al menor recién nacido).

⁸⁵ Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un mito", Ed. Universitas, Bogotá, 2006.

En el texto la autora expresa que "... En Colombia, ser madre cobró múltiples perfiles en las nuevas identidades de hombres y mujeres: las casadas decidieron que ser madres no era un rol que excluyera a otros proyectos de vida; las divorciadas decidieron asumir la crianza de los hijos, exigiendo más judicialmente a los padres y al Estado; la adopción aceptadas para parejas, es hoy relevante para mujeres solas, en otros casos las maternidades censuradas pasaron a ser socialmente aceptadas ; como las madres solteras o quienes hoy recurren a inseminación artificial sin un compañero, gesto que es también "normal" en mujeres cuya pareja es del mismo sexo, de ahí que la finalidad de la contingencia por maternidad se priorice frente a los tipos de maternidad, y frente a la elección personal de la mujer trabajadora."

Por lo tanto, la protección integral a la maternidad adquiere una dimensión no sólo distinta, sino más allá de los derechos meramente económicos, de rango legal, y corresponde directamente con los derechos fundamentales. Así lo expone la Corte Constitucional, en la Sentencia T-568 de 1996, Magistrado Ponente, Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz:

"La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere.

El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre."

Esta jurisprudencia, al reiterarse sobre la finalidad esencial de la licencia, se ha constituido en doctrina probable y ha desarrollado unos principios que el juez de tutela debe tener en cuenta al examinar cada caso concreto.

Es de vital importancia señalar que, como ya se ha expresado la finalidad de la licencia por maternidad es entre otras, proporcionarle a la madre el descanso necesario para el restablecimiento de su salud. Por lo anterior, es menester ahora, hacer referencia a las dos etapas en que se divide ese descanso por maternidad:

a) Licencia de maternidad preparto.

En la legislación colombiana, en donde actualmente, el descanso remunerado por maternidad es de 14 semanas, es obligación de la madre dedicarse a descansar antes del parto, por lo cual, esta parte de la licencia, será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Es de resaltar también que el empleador debe (está obligado por la ley) otorgar la licencia por lo menos dos semanas antes de la fecha probable de parto, y a su vez la empleada está obligada a iniciar la licencia de maternidad por lo menos una semana antes de la fecha probable de parto.

Así lo establece la normativa vigente, denominando a este tipo de descanso, licencia de maternidad postparto (artículo 1 numeral 7 de la ley 1468 de 2011)

b) Licencia de maternidad Posparto.

Esta parte de la licencia por maternidad, se refiere al excedente, es decir a las 13 semanas restantes, después de tomada la semana de descanso obligatorio.

Esta parte de la licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en la licencia preparto.

1.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL COLOMBIANO

En Colombia existe un Sistema General de Seguridad Social Integral, consagrado en la Ley 100 de 1993 como mecanismo para proteger a toda la población de los riesgos que se presentan en la vida cotidiana y garantizar la cobertura y reparación de las consecuencias que esos riesgos producen cuando se verifican,

todo con el fin de preservar la calidad de vida y la estabilidad económica de los ciudadanos⁸⁶.

Dicho Sistema General de Seguridad Social está conformado por tres subsistemas, dependiendo de los riesgos que se quiera prevenir o atender, los cuales son administrados de diferente manera, apuntando precisamente a las características especiales de esos riesgos cubiertos.

Esos subsistemas son el Sistema General de Seguridad Social en Salud, el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones y el Sistema General de Seguridad Social en Riesgos Profesionales, los cuales amparan contingencias distintas, a saber: el primero cubre los riesgos de enfermedad (o accidente) general y maternidad, el segundo los de vejez, invalidez y muerte de origen común y el último, aquéllos que se derivan de la actividad económica de las personas, es decir, el accidente de trabajo y la enfermedad profesional⁸⁷.

El sistema de Salud es un sistema mixto con participación de entidades promotoras y prestadoras, dividido en dos regímenes: Régimen contributivo y Régimen subsidiado; en este ámbito se ha ido tratando de ampliar la cobertura

⁸⁶ Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974, pág. 117 a 141.

Véase también en el mismo sentido a:

Ortíz Acosta, D.J., "¿Es el Sistema de Seguridad Social en Salud un Objetivo Socialmente Deseable?", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2008, pág. 4.

"... El sistema de seguridad social en salud colombiano ofrece un mismo plan integral y obligatorio con un pago proporcional igual del ingreso (salario) para todos sus afiliados, a la vez que se promueve la "libre elección" en función del prestigio, la calidad y la oportunidad o accesibilidad geográfica que se ofrece a los usuarios. Así en Colombia no existe ni un sistema de precios por cada clase de plan como ocurre en otros países (p.e., Estados Unidos de América o Chile); ni un sistema exclusivamente público (como en algunos países europeos); ni tampoco establece un sistema de financiación mediante impuestos (como en Canadá o Reino Unido), por el contrario busca focalizar los subsidios estatales sólo a la población más pobre y no asalariada ...".

*Diego Javier Ortíz Acosta: Economista de la Universidad Externado de Colombia. *analista de gobierno en la Gerencia de Gobierno, Recursos Naturales y Construcción en BANCOLOMBIA.*

⁸⁷ Espinosa, B., "Paternidad y maternidad", Ed. Universidad del Valle, 1996, págs. 11 a 39.

poblacional con el fin de cumplir con el principio de universalidad en la cobertura descrito en la Ley 100 de 1993.

Por lo que aquí interesa, a continuación, se abordarán los aspectos referentes a ambos regímenes.

A) RÉGIMEN CONTRIBUTIVO:

Este nivel de protección del Sistema de Seguridad Social, ha sido creado para quienes tienen capacidad de realizar aportes a través de su trabajo o ingresos independientes.

B) RÉGIMEN SUBSIDIADO:

Este nivel de protección, por su parte, tiene por objeto, acoger a quienes no tienen dicha capacidad de realizar aportes a la seguridad social y a quienes el Estado debe financiarles parcial o totalmente el valor del seguro obligatorio.

1.6.1 Régimen Contributivo

El artículo 202 de la Ley 100 de 1993, define “el régimen contributivo como un conjunto de normas que rigen la vinculación de los individuos y las familias al sistema general de seguridad social en salud, cuando tal vinculación se hace a través del pago de una cotización, individual y familiar, o un aporte económico previo financiado directamente por el afiliado o en concurrencia entre éste y su empleador⁸⁸”.

El Régimen Contributivo, el cual, se basa en el esquema del viejo Instituto de los Seguros Sociales para trabajadores del sector privado⁸⁹, que actualmente y

⁸⁸ Ley 100 de 1993, Congreso de la República de Colombia. Ley General de la Seguridad Social.

⁸⁹ El antiguo esquema del Instituto de Seguros Sociales, concebía la prestación en salud, como un favor que el Estado hacía a la población trabajadora, sin cubrimiento a sus familias, fue un sistema con multiplicidad de funciones, ya que se trataba principalmente de predominio público, financiado con recursos fiscales

después de pasar por una significativa reforma, se caracteriza por cuatro aspectos fundamentales:

- a) Los aportes para la Seguridad Social en Salud corresponden al 12% del salario mensual del trabajador, para cubrir al cónyuge y los hijos. De los cuales, cuatro puntos serán pagados por el trabajador y ocho por el patrono.
- b) Con este Régimen, terminó el monopolio del Instituto de Seguros Sociales en la administración del seguro obligatorio de salud, existiendo ahora la posibilidad de competir a empresas privadas con o sin ánimo de lucro, empresas cooperativas e incluso a otras empresas públicas o mixtas.
- c) Determinación de un valor único promedio del seguro obligatorio anual (unidad de capitación/UPC)⁹⁰,

procedentes de los ingresos corrientes de la Nación, que se transferían a los departamentos, para que desde los servicios seccionales (departamentales) de salud, se diagnosticara el estado de salud de la población, se planificaran los servicios, se administraran los recursos financieros, se nombrara el recurso humano de salud, se vigilara y controlara los indicadores de salud pública y se ejerciera inspección, vigilancia y control de los recursos físicos y financieros.

Las direcciones seccionales de salud eran responsables de: dirigir el sistema territorial de salud, adaptando los lineamientos del orden nacional a la realidad política y epidemiológica de la región, prestar los servicios de salud a través de una red de instituciones de carácter público, ejercer las funciones de vigilancia epidemiológica y saneamiento ambiental y vigilar y controlar la ejecución de los recursos transferidos a los hospitales públicos. A su vez, la red hospitalaria pública tenía dos razones para hacerse cada vez menos eficiente: primero, las cada vez más onerosas convenciones colectivas hacían que la carga prestacional se incrementara hasta alcanzar niveles insostenibles ; y segundo, los nombramientos de trabajadores supernumerarios o nóminas paralelas (para saciar los apetitos políticos de las clases dirigentes que para ese entonces dominaban los Servicios Seccionales de Salud) dieron al traste con los ya desvencijados hospitales que no podían sostener siquiera la nómina y gastos generales que estaban presupuestados, mucho menos los no presupuestados. Por estas razones se hizo necesaria la reforma del esquema, y de ahí surge el actual sistema, con aportes para la seguridad social por parte del trabajador, con cobertura para las familias de los trabajadores, con la posibilidad de que la seguridad social sea un servicio prestado por empresas privadas y ya no solo por el Instituto de Seguros Sociales, entre otras que se exponen a lo largo del texto.

⁹⁰ UPC. Unidad de Pago por Capitación, es el valor que anualmente recibirán las Entidades Prestadoras de Salud EPS, por cada uno de sus afiliados al Sistema General de Seguridad Social, este valor, es pagado por el Estado, a través del Ministerio de Protección social. Esta Unidad corresponde a un valor per cápita, y que se establecerá en función del perfil epidemiológico de la población relevante, de los riesgos cubiertos y de los costos de prestación del servicio en condiciones medias de calidad, tecnología y hotelería, y será definida por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con los estudios técnicos del Ministerio de Salud.

- d) En el régimen contributivo, opera el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, organismo de concertación entre el Gobierno, las administradoras del seguro obligatorio, las instituciones prestadoras de servicios de salud EPS⁹¹, los gremios y los trabajadores, máximo organismo rector del Sistema, buscando el equilibrio del mismo.

a) Requisitos de acceso

Para que una madre tenga derecho al pago de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud (EPS), debe cumplir algunos requisitos mínimos, que de no cumplirse, impiden acceder a este derecho. Tales requisitos son:

- 1) Haber cotizado sin interrupción al Sistema General de salud durante todo el periodo de gestación.

Esto quiere decir que si una empleada se afilia a la EPS y por consiguiente inicia sus periodos de aportación un mes después de quedar embarazada, no tiene derecho a acceder a la licencia de maternidad.

⁹¹ Empresas Promotoras de Salud (EPS) Son entidades que, basándose en la infraestructura, capital, número de usuarios afiliados, funcionalidad y cubrimiento, son autorizadas por la Superintendencia de Salud, para proveer los servicios que a este sector se refieren. Las EPS deben garantizar a sus afiliados el POS (Plan Obligatorio de Salud), y para cumplir con esa obligación deben conformar una red de servicios con sus propias instituciones de salud o contratando servicios con otras empresas prestadoras de salud o Instituciones Prestadoras de Salud IPS (Clínicas, hospitales, centros de acondicionamiento físico, rehabilitación, etc).

El POS vigente en Colombia, definido por la Comisión de Regulación en Salud, CRES, en el Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, es un conjunto de: 5.832 actividades, procedimientos e intervenciones en salud y servicios hospitalarios, más de 660 medicamentos para la atención de toda y cualquier condición de salud, enfermedad o patología para usuarios de todas las edades en el Régimen Contributivo y mediante los Acuerdos 004 y 011, la CRES amplió los beneficios para las niñas, niños y adolescentes del régimen subsidiado que a partir de enero 1o de 2010 tienen derecho al mismo Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo.

Las IPS. Instituciones Prestadoras en Salud, son entes proveedores de servicios de salud, que no brindan dichos servicios directamente a los usuarios aportantes al Sistema de Seguridad Social en Salud, sino que proveen a las EPS Entidades Prestadoras de Salud EPS, quienes actúan como administradoras de los servicios de salud e intermediaria entre la IPS y el usuario o aportante.

Es por ello que las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso la empleada se afilia a la EPS cuando ya no cumple el principal requisito para tener derecho a que la Entidad Prestadora de Salud, le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le corresponde a la empresa, o más concretamente, al empleador, asumir ese costo.

Respecto al caso de la Licencia remunerada de paternidad, Para acceder a este derecho, el padre sólo requiere demostrar que ha cotizado durante el periodo de gestación que por lo general es de 36 semanas [9 meses].

Esto gracias a que la Corte Constitucional en sentencia C-633 de 2009, declaró inexecutable la exigencia de 100 semanas que hiciera la ley 755 de 2002 en su artículo 1.

En efecto, decía el artículo 01 de la referida ley en la parte pertinente: “La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”.

Al declararse inexecutable la exigencia de la 100 semanas de cotización, se aplicará la regla general de las 36 semanas que contempla la ley.

En comunicado de prensa ha dicho la Corte:

“En el presente caso, le correspondió a la Corte establecer si resulta desproporcionado y viola el derecho a la igualdad, que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad, se requiera que el padre haya cotizado durante las cien (100) semanas previas anteriores al nacimiento del hijo o si por el contrario, dicho requisito se justifica desde la perspectiva constitucional, dada la necesidad de asegurar el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud”.

El análisis de la Corte parte de la doctrina de protección integral de los menores, plasmada en la Convención Internacional de los Derechos del Niño, la cual se hace efectiva a través del principio del “interés superior del niño”. Desde esta perspectiva, el derecho a la licencia de paternidad establecida en la Ley 755 de 2002 obedeció a la necesidad de garantizar plenamente la protección de ese interés superior, que se proyecta en el derecho fundamental del niño al cuidado y amor de sus padres, especialmente en los primeros días de su existencia.

Recordó que si bien el legislador tiene una potestad de configuración en materia de seguridad social (art. 48 C.P.), la misma no es absoluta, pues está limitada por los valores, principios y derechos consagrados en la Carta Política, especialmente cuando el legislador genera exclusiones o crea distinciones, eventos en los cuales el juicio de razonabilidad de las medidas legislativas debe ser estricto.

En conclusión, la Corte determinó que establecer un número mayor de semanas de cotización como condición para tener derecho al reconocimiento de la licencia de paternidad constituye una medida desproporcionada, pues aunque tiene una finalidad legítima, adecuada, idónea y necesaria, no resulta proporcionada desde el punto de vista constitucional.

- A) En primer lugar, aceptó que la medida resulta adecuada, pues tiene una finalidad legítima desde la perspectiva constitucional, en cuanto resulta acorde con el mandato constitucional (art. 48) de que la seguridad social se organice con fundamento en los principios de solidaridad y eficiencia, que justifican la obligación de cotizar en cabeza de las personas con capacidad contributiva.

- B) Así mismo, se trata de una medida idónea, pues el tiempo de cotización que se exige al padre (dos años continuos previos al nacimiento del hijo), se asegura que el sistema de seguridad social en salud recibirá unos ingresos de manos de las mismas personas que después serán beneficiarias de la prestación.

- C) Por otro lado, el establecimiento de la licencia de paternidad, que no estaba prevista inicialmente en la Ley 100 de 1993, requería asegurar la fuente de financiación de dicha prestación, por lo que la medida aparece necesaria para asegurar la fidelidad al sistema y evitar los abusos que produjeran desequilibrio.
- D) No obstante, resulta desproporcionada, puesto que mientras que a la madre sólo se le exige haber cotizado ininterrumpidamente durante todo su período de gestación, que usualmente es de nueve meses, pero puede ser menor, al padre se le exige una cotización de dos años anteriores al nacimiento del hijo.

En consecuencia, la Corte procedió a excluir del ordenamiento la disposición que exige 100 semanas y a integrar la norma acusada con la regla general de cotización para tener derecho a la licencia de maternidad, de manera que tanto al padre como a la madre se les exija el mismo período de cotización.

- 2) Otro requisito a cumplir para tener derecho a la licencia de maternidad, es que la empleada al momento de causarse el derecho a la licencia de maternidad, esté al día en el pago de los aportes respectivos, que como se expresó anteriormente, le corresponde el 4% a la trabajadora y el 8% al empleador.
- 3) Un requisito muy importante, y que suele ser el principal causante de la pérdida del derecho a la licencia de maternidad, es que para tener derecho a ella, los últimos cuatro meses de gestación se debieron pagar oportunamente.

Es costumbre en muchas empresas pagar extemporáneamente sus aportes a seguridad social, situación que perfectamente puede llevar a que una empleada pierda su derecho a la licencia de maternidad, por cuando el decreto 1804 de 1999, es claro en afirmar que "... para tener derecho a la licencia, los pagos deben haberse efectuado oportunamente como mínimo durante los últimos cuatro

meses ...” y así las cosas, con un día de retraso en el pago de los aportes será suficiente para que la EPS niegue el pago de la licencia de maternidad⁹².

Sin embargo, la Corte Constitucional en numerosas sentencias ha expresado que cuando el retardo en el pago de los aportes es mínimo, no se pierde el derecho a la licencia de maternidad, pero esto supone la necesidad de instaurar una tutela, puesto que las EPS voluntariamente no siguen las directrices establecidas por la Corte Constitucional y hasta el último momento tratan de evitar el pago de las respectivas licencias

No obstante, también ha señalado la Corte, en múltiples fallos de tutela, un procedimiento específico por parte de las EPS, en caso de mora en el pago de los aportes, dicho procedimiento consiste en

- A) La EPS debe manifestar por escrito al cotizante independiente o al empleador, que reprocha el pago fuera del tiempo, incluso, si el independiente o el empleador pagan por fuera de la fecha y no liquidan los intereses de mora.

- B) También la EPS debe por escrito, recriminar tal situación de incumplimiento en los pagos y solicitar la liquidación de la mora,

⁹² Orozco Africano, J.M., “Caracterización del Mercado del Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia”, Ed, Eumed, Bogotá, 2008, págs.. 61 a 89.

“... En América Latina la atención de la salud se provee por tres sectores:

a) el público, administrado por el ministerio de salud, que en la mayoría de los países ampara al menos legalmente a la mayoría de la población, con bajo ingreso y los pobres (en Brasil y Cuba existen sistemas nacionales de salud integrados que cubren a toda la población);

b) el del seguro de enfermedad-maternidad que cubre usualmente a los grupos de ingresos medios y, en unos pocos países, a la mayoría de la población; y

c) el privado, muy pequeño aunque en rápida expansión en varios países, que cubre a los grupos de ingreso medio-superior y alto, y está compuesto por planes pre-pago lucrativos e instituciones sin ánimo de lucro. Hasta la fecha, no se ha efectuado una reforma de salud con privatización total o mayoritaria, como en la reforma de las pensiones ...”.

C) De no efectuarse el pago con los intereses moratorios correspondientes, la EPS, deberá informar sobre la suspensión de algunos servicios como es el pago de las incapacidades con base en el artículo 21 del Decreto 1804/99.

Pero si la EPS no hace por escrito el llamado de atención ha dicho la Corte Constitucional que se configura el “Allanamiento a la Mora”

Allanarse a la mora es cuando el acreedor acepta tácitamente o por no pronunciarse en contra, que su deudor de manera reiterada le pague por fuera de la fecha estipulada, por lo que el día de mañana el acreedor no puede alegar el incumplimiento del deudor por no pagar en las fechas pactadas inicialmente⁹³.

Se analiza ahora el allanamiento a la mora y pago de las incapacidades Si el independiente o el empleador pagan siempre por fuera de las fechas fijadas según el dígito de pago, con o sin liquidar los intereses de mora, pero la EPS nunca expreso su inconformidad por ello, la EPS ha hecho una aceptación tácita al pago moroso que se viene haciendo en otras fechas y como tal, queda obligada la EPS a prestar sin ninguna dilación todos los servicios entre estos el de pagar las incapacidades y licencias.

La Corte Constitucional ha explicado el asunto en los siguientes términos:

“... Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. no puede negar el pago de la licencia. Por lo tanto, se establece que si el afiliado canceló los aportes en forma extemporánea y los

⁹³ Al respecto, el Decreto 1607 de 2007, estableció unos plazos para pagar aportes parafiscales y a seguridad social, y señaló que “El incumplimiento acarrearía el no pago de licencias e incapacidades por parte de la entidad promotora de salud”, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre el allanamiento a la mora incluyó algunos cambios a esta regla, según lo ha indicado el Ministerio de Salud en su momento.

Así las cosas, si el afiliado paga de forma extemporánea sus aportes sin que hayan mediado acciones de cobro por parte de la EPS, se entenderá que esta se ha allanado a la mora y debe asumir el pago de la licencia o incapacidad. Dichas acciones de cobro deben adelantarse por escrito, para efectos probatorios.

pagos, aún en esas condiciones, fueron aceptados por la entidad prestadora del servicio de seguridad social en salud, hay allanamiento a la mora y, por lo tanto, la E.P.S. tendría la obligación de reconocer las prestaciones económicas causadas en virtud de la figura ya relatada ...”.

Teniendo en cuenta las múltiples tutelas que obligaban a las EPS a realizar la atención de servicios médicos, suministro de medicamentos y pago de incapacidades, encontrándose el usuario, en mora de pago de sus aportes, estas entidades han optado por realizar las correspondientes comunicaciones y ajustarse al procedimiento antes descrito, para desvirtuar el llamado “allanamiento a la mora”.

En caso de mora en el pago, e incumplimiento de los requisitos para que no se configure el allanamiento en mora por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS, y frente a la negativa de la entidad a la satisfacción del pago de la licencia por maternidad, la mujer trabajadora, podrá exigir el pago a través de la acción de tutela, como quiera que se estarían vulnerando sus derechos fundamentales y los del menor.

De otro lado, si el empleador se ha sustraído del pago de la aportación, o se configura positivamente el allanamiento en mora, a favor de la entidad prestadora de salud, la trabajadora podrá exigirle judicialmente, el pago de la licencia de maternidad.

Si se trata de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea, se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

Para los efectos de la licencia, la trabajadora debe presentar al patrono un certificado médico, en cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora

- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia teniendo en cuenta que por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Todas las previsiones y garantías establecidas 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 la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se adopta. La licencia se extiende al padre adoptante, su cónyuge o compañero permanente.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto puede reducir a trece semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial de atención al hijo.

b) Base reguladora.

La base reguladora se calcula de manera parecida a como se hace en la legislación española, esto es, que resulta de dividir el importe de la base de cotización del trabajador en el mes anterior al de la fecha de baja por el número de días a que dicha cotización se refiere.

No se debe confundir una incapacidad por enfermedad o accidente de origen común con la Licencia de Maternidad (art. 236 Código Sustantivo del Trabajo.)

En centenares de fallos judiciales, se ha explicado que el embarazo, el parto y los días siguientes a este, no pueden ser considerados como una enfermedad o un accidente y por ello, tienen un tratamiento especial en la legislación laboral y de seguridad social, al considerarlo como una licencia remunerada.

c) Porcentaje que se aplica a la base

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, establece que la base reguladora de esta prestación de maternidad, es del cien por cien del salario devengado.

El ingreso base de liquidación IBL deberá corresponder al Ingreso Base de Cotización que hace referencia a los ingresos reportados por la trabajadora independiente a la Entidad Prestadora de Salud EPS del mes calendario anterior al de la iniciación de la licencia de maternidad. El porcentaje se aplica desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

d) Duración.

En cuanto a la duración de la prestación por maternidad y a la extinción de la misma, la legislación vigente señala que será de catorce semanas ininterrumpidas.

La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las catorce semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el caso que sólo el padre esté cotizando al sistema general de seguridad social en salud.

En el evento en que ambos padres estén cotizando al sistema general de seguridad social en salud, se concederán al padre ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Es importante señalar que al inicio de esta investigación, la duración de la licencia por maternidad en Colombia, estaba establecida en doce semanas, y que con posterioridad se impulsó el proyecto de ley 060 para incrementar dicho descanso remunerado a catorce semanas. En el proyecto anteriormente enunciado lo que

se recomendaba para ello, era establecer la licencia previa de maternidad mediante una ampliación corta de la licencia actual de doce a catorce semanas, para que las mujeres no tuviesen que trabajar el día del parto y para que en los días inmediatamente anteriores se dedicaran a prepararse adecuadamente, sin angustias ni sobresaltos y sin generar riesgos para su integridad y su vida

Dicho proyecto obtuvo una aprobación en primer debate en la Comisión Séptima del Senado, mediante la incorporación de la figura de la licencia previa dentro de las modificaciones a un proyecto dirigido a dignificar el parto. Pero estuvo sin avanzar por más de un año.

Para lograr este propósito bastaba con una adición al artículo 236 del Código del Trabajo, que ampliase la licencia de doce a catorce semanas.

Los ponentes argumentan que se debe buscar un punto de entendimiento para que la licencia se amplíe los días necesarios, sin poner en peligro la sostenibilidad del sistema.

No es cierto, como pretenden mantener algunos congresistas, que el sistema no aguanta ningún incremento en los días de la licencia. Pero tampoco se puede pretender que la licencia se amplíe hasta las veinticuatro semanas que piden con ambiciones nórdicas algunos activistas de la causa.

Bastaría con unos pocos días de más, antes del parto y un pequeño complemento de alargue posterior para que Colombia obre como una nación verdaderamente avanzada en este campo.

El proyecto legislativo planteaba dos opciones básicas, a saber:

Opción 1. Una semana antes del parto y una semana después para llegar a 14 semanas de licencia.

Opción 2. Llegar a 14 semanas y que según cada necesidad las mujeres establezcan como distribuyen las dos semanas adicionales antes y después del parto.

El proyecto estuvo a la espera de ser debatido por segunda ocasión durante más de un año, y de ser aprobado, pasar a la revisión constitucional pertinente, por un año más, aunque finalmente y después de muchos meses de espera se aprobó el proyecto, y se incrementó la duración de la licencia por maternidad de doce a catorce semanas, tal y como ya se ha expuesto en el acápite de la normativa aplicable.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad.

e.1) Reconocimiento del derecho.

Para proceder al reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, que establece los requisitos de acceso de alta como cotizante, los períodos mínimos de cotización (toda la gestación). Una vez presentada la documentación requerida ante la Entidad Prestadora de Salud, la misma procederá a emitir el acta de reconocimiento y programará de inmediato el pago de la prestación por maternidad.⁹⁴

⁹⁴ Sentencia T-646 de la Corte Constitucional Colombiana, de agosto de 2012. En ella la Corte resalta la importancia del reconocimiento y pago de la licencia por maternidad por parte de la Entidad Prestadora de Salud, y determina lo siguiente:

“... La importancia del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad como protección a la madre y a su niño.

La legislación laboral colombiana ha expedido medidas de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en convenios internacionales.

La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún mas reforzada si está gestando.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La gestión de esta prestación se realiza ante la Entidad Prestadora de Salud EPS a la que se encuentra adscrita la madre, y se efectúa mediante la presentación de la siguiente documentación:

- Certificado de nacido vivo que expide el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE). Este certificado se emite en el momento del nacimiento y es entregado por el hospital donde tenga lugar el alumbramiento (en caso de maternidad por adopción, este documento es reemplazado por la Resolución Judicial de Adopción), o copia del registro civil de nacimiento.
- Copia del Carné que acredite a la madre como cotizante ante la Entidad Prestadora de Salud.
- Copia de la historia clínica de la madre.
- Original de la incapacidad o licencia de maternidad expedida por el médico que atendió el parto.
- Si el bebé es prematuro, se requiere copia de su historia clínica, incapacidad diligenciada por el médico tratante, donde certifique los días otorgados. Si el bebé fallece, se debe adjuntar además el certificado de defunción.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el régimen contributivo.

La Licencia de maternidad se debe pagar naturalmente una vez causado el derecho y el pago se hará según el periodo de pago de la nómina que maneje la empresa.

Así, el artículo 43 establece que la mujer, durante el embarazo y después del parto, “gozará de especial asistencia y protección del Estado”; en el mismo sentido, el 53 incluye entre los principios mínimos para la expedición del estatuto del trabajo, la protección especial a la mujer y a la maternidad.”

Recordemos que es la empresa la que debe pagar la licencia de maternidad, pago que luego puede repetir contra la Empresa Prestadora de Salud (EPS), si es que se cumplen los requisitos para que la EPS reconozca esta prestación.

Al ser la empresa quien directamente paga la licencia de maternidad, el pago debe hacerlo de la forma regular en que paga su nómina, ya sea mensual o quincenal.⁹⁵

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen contributivo

El derecho al subsidio por maternidad se extingue, pierde, suspende, o se anula, según corresponda, en los siguientes casos:

- Cese del vínculo laboral, previa autorización judicial para despedir.
- Realizar labor remunerada durante el período del subsidio.
- Abandonar o incumplir el tratamiento y las prescripciones médicas

1.6.2 Régimen Subsidiado.

Anteriormente, para tener acceso a las prestaciones asistenciales en el Instituto de Seguros Sociales, la trabajadora debía acreditar un mínimo de cuatro semanas

⁹⁵ A este respecto, la Corte Constitucional, ha señalado en la misma Sentencia T-646/12 de agosto de 2012, también que:

“... Inicialmente, el pago de esta licencia se tenía como un derecho prestacional que no resultaría susceptible de protección por vía de tutela, por lo cual debía ser solicitado a través de la jurisdicción laboral, como mecanismo judicial idóneo. Sin embargo, de conformidad con la Constitución y las normas internacionales, esta corporación en múltiples pronunciamientos ha reafirmado la necesidad de proteger a la mujer gestante, dando así cumplimiento a la referida preceptiva constitucional, en relación inescindible con otras garantías superiores de madre e hijo, a favor de cuyos derechos fundamentales procede la tutela, dependiendo de esa prestación como parte de su mínimo vital y su vida digna, por lo cual el cubrimiento deja de ser un tema exclusivamente legal y exhibe su relevancia constitucional.

Por otra parte, el cuidado de la maternidad no está limitado al período de gestación y al nacimiento, sino que se proyecta en un lapso más extenso, que es igualmente objeto de protección, resultando claro el tratamiento especial que jurisprudencialmente se ha consolidado, siendo claro que el pago de la licencia de maternidad tiene por objeto brindar a la madre un receso remunerado, para que se recupere del parto y le dedique al recién llegado el cuidado y la atención requerida ...”.

de cotización, , así se consagraba en los inicios de la mencionada entidad pública, así mismo y según lo señala Oswaldo Cetina, y frente a la escasez de normas reguladoras de la maternidad en la época, debían adoptarse las recomendaciones que sobre el mentado asunto, habían hecho las grandes entidades, como la Organización Internacional del Trabajo O.I.T, que hasta aquel entonces, en su Recomendación 95 señalaba que:

“Cuando sea necesario para la salud de la mujer y siempre que sea posible el descanso de maternidad previsto en párrafo 2 del Artículo 3 del mismo convenio, debería ser prolongado hasta completar un periodo de catorce semanas”.

De igual manera, y ya en el año de 1995, bajo la marcada influencia de la Ley de Seguridad Social imperante, la doctrina ya señalaba como objeto del régimen subsidiado, el de financiar la atención salud de aquellos colombianos carentes de recursos económicos⁹⁶.

⁹⁶ Cetina Vargas O, “Asociación Iberoamericana de Trabajo”, pags 11 y ss, Bogotá, 1986.

“... En general, el régimen subsidiado protege a las familias más pobres y vulnerables de la población, quienes no tienen capacidad económica para pagar la cotización en el régimen contributivo.”

En el mismo sentido, recordemos que el numeral 2, del inciso A del artículo 157 de la Ley 100, define quiénes serán afiliados al régimen subsidiado así: Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el artículo 211 de la presente ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Será subsidiada en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, SGSS, la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y posparto y período de lactancia,* las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago .

El artículo 158 de la Ley 100 establece que quienes se acojan a procesos de paz tendrán derecho a beneficiarse del régimen subsidiado y dice así: Beneficios para inmovilizados. Los colombianos que, acogiéndose a procesos de paz, se hayan desmovilizado, o lo hagan en el futuro, tendrán derecho a los beneficios del régimen subsidiado en salud contenido en la presente Ley, mientras no se afilien al régimen contributivo en virtud de relación de contrato de trabajo.

*Subrayado fuera de texto.

El Régimen Subsidiado es más ambicioso aún, para lograr asegurar al menos a un tercio de la población colombiana en la primera década de su vigencia, es decir desde el año 1993 al año 2003. Se basa igualmente en cuatro puntos.

- a) Consecución de nuevos recursos para su financiamiento. Se dedica a un fondo de solidaridad uno de los 12 puntos de los aportes de todos los trabajadores.
- b) Conversión de la gran mayoría de los recursos públicos que financian los hospitales en seguros adquiridos para la población pobre.
- c) Los recursos del Fondo de Solidaridad en la nación, los recursos del financiamiento de los Hospitales en los departamentos y los recursos municipales se suman para lograr el aseguramiento de toda la población pobre.
- d) La cobertura en servicios del seguro Subsidiado se plantea con gradualidad, debiendo ser igual a la del Contributivo..

De lo anteriormente expuesto, se deduce que en cuanto al subsidio por maternidad, en Colombia, el mismo opera, como ya se expresó, solo frente a las madres cotizantes al Sistema General de Seguridad Social.

El pago de la licencia de maternidad no opera cuando la madre está afiliada al régimen subsidiado de salud. La licencia de maternidad sólo opera para madres aportantes al sistema de salud, para las madres que cotizan a una Entidad Prestadora de Salud, pues la licencia de maternidad está a cargo de estas entidades. La licencia de maternidad está contemplada por el artículo 236 del código sustantivo del trabajo, y sólo se paga a los trabajadores o a los independientes con capacidad de pago que coticen al sistema general de salud.

No obstante, el artículo 166 de la ley 100 de 1993, contempla un subsidio para las madres afiliadas al régimen subsidiado:

Además del plan obligatorio de salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

Parágrafo. 1º del artículo 166 de la ley 100 de 1993- Para los efectos de la presente ley, entiéndase por subsidio alimentario la subvención en especie, consistente en alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año y que permiten una dieta adecuada.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad, que en el caso de la legislación Colombiana, consiste en una ayuda en especie⁹⁷, que será proporcionado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), además de la prestación sanitaria necesaria, a partir de la inscripción de la madre ante la entidad administradora precedente.

⁹⁷ El subsidio en especie que otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ICBF, consiste en la entrega de un suplemento llamado “Bienestarina”, que es un alimento complementario de la leche materna a partir de los 6 meses de edad, y adicionalmente, gracias a sus excelentes propiedades nutricionales, puede ser consumido por las mujeres embarazadas, madres en lactancia, el adulto mayor y en general personas con deficiencias nutricionales, que sean beneficiarias de los programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

La Bienestarina como alimento de Alto Valor Nutricional complementa la alimentación de beneficiarios atendidos en los programas del ICBF, este complemento es un apoyo fundamental para mejorar su alimentación y cubrir parte de sus necesidades en nutrientes. Está elaborada a partir de una mezcla vegetal en forma de harina, adicionada con leche en polvo entera, fortificada con vitaminas y minerales. Aporta proteínas con un balance adecuado de aminoácidos esenciales, lo que la convierte en un producto de alto valor nutricional. Este producto es elaborado por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar – ICBF - y es entregado a la población vulnerable del País, a través de los programas del Instituto. La fabricación, el procesamiento, envase, almacenamiento, transporte y distribución se ciñen a los principios de las Buenas Prácticas de Manufactura sujetos a controles de calidad y todas las materias primas y demás insumos utilizados para la fabricación cumplen con los requisitos para garantizar la inocuidad del alimento.

Este producto es distribuido de forma gratuita en todo el territorio nacional por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y está prohibida su venta, comercialización y uso inadecuado.

La Bienestarina se compone de : Harina de trigo fortificada, Fécula de maíz, Harina de soya Fécula de maíz, Leche entera en polvo, Vitaminas y minerales.

a) Requisitos de acceso

Para acceder a la prestación por maternidad en el nivel de protección subsidiado se requiere, la inscripción de la madre gestante ante la dirección de salud correspondiente, la cual calificará su condición de beneficiario del subsidio de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto. (Artículo 221 LGSS)

Lo anterior, como quiera que este nivel subsidiario de protección, fue creado exclusivamente para los sectores más pobres y sin capacidad de pago.

b) Base reguladora.

Como se mencionó en el apartado anterior, este subsidio carece de contenido económico, ya que se concede en especie (exclusivamente del sector alimenticio), por lo tanto No existe base reguladora alguna, dado que las raciones son entregadas periódicamente, cada treinta días a través de una entidad gubernamental, denominada Instituto Colombiano de Bienestar Familiar.

De la misma manera, se incluye dentro de este subsidio, la asistencia sanitaria gratuita, que empieza a ser cubierta por el Estado, desde el momento que la mujer en estado de embarazo, lo solicite ante los organismos públicos de sanidad.

c) Duración.

Por tratarse de un subsidio en especie, y por consistir en los alimentos o nutrientes entregados a la mujer gestante y a la madre del menor, este subsidio cubre las necesidades nutricionales básicas de la madre y del menor hasta que éste alcance el primer año de vida.

El Código Sustantivo del Trabajo, no establecía anteriormente, asistencia médica a la trabajadora embarazada y su protección era simplemente en cuanto a la

licencia remunerada, el descanso remunerado durante la lactancia y la prohibición de despido por motivo del embarazo y del parto, pero no se prestaba asistencia médica a la trabajadora ni a su bebé, situación que evolucionó y que ha desencadenado que la prestación tenga además un contenido sanitario, como lo es la prestación de asistencia médica tanto para la madre como para su hijo.

d) Porcentaje que se aplica a la base.

Por tratarse de una contingencia en especie, no hay ningún porcentaje que aplicar, ya que el subsidio está determinado en igualdad de condiciones para todas las mujeres en estado de embarazo y madres, que no coticen al Sistema de Seguridad Social, resaltando que a pesar de que el contenido del subsidio no es económico, no se puede olvidar que estas mujeres no aportantes, tienen derecho a la asistencia sanitaria durante el embarazo, parto y puerperio.

e) Reconocimiento, gestión y pago del subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como ya se ha mencionado, este subsidio opera para mujeres no cotizantes al Sistema de Seguridad Social, y al consistir en subsidio en especie, no requiere de reconocimiento formal, más que de la inscripción de la mujer embarazada ante el Instituto colombiano de Bienestar familiar, ya que es éste, quien se encarga de proveer el subsidio mensualmente a las mujeres embarazadas y a las madres hasta cumplido el primer año de vida de su hijo.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el régimen subsidiado.

Como es de suponerse, el derecho al subsidio en este régimen, se extingue al cumplir el primer año de vida el menor, o por renuncia tácita de la madre al mismo, ya que no tiene condición alguna.

1.7. RELACIONES ENTRE LICENCIA POR MATERNIDAD, LICENCIA POR CALAMIDAD DOMÉSTICA, LICENCIA POR LUTO Y LICENCIA POR MUERTE DEL BEBÉ.

1.7.1 La Licencia por Calamidad Doméstica.

a) Definición.

Se entiende por calamidad doméstica, todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, como el fallecimiento, enfermedad o lesión grave de sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del cónyuge, compañero o compañera permanente. También, se incluyen en esta denominación, a las tragedias familiares que requieren de la presencia del trabajador, tales como una catástrofe natural como inundación o incendio de la vivienda, etc. Esta definición se ha extraído de la Sentencia C-930 de la Corte Constitucional Colombiana, ya que al respecto, la norma no establece una definición precisa para el término “grave”.

Así las cosas, se puede definir la calamidad doméstica también, como el periodo (*por solicitud del trabajador o por situaciones forzosas*) durante el cual el trabajador no está obligado a prestar su fuerza laboral y para el empleador en algunos casos no estaría obligado a pagar salarios durante dicho tiempo, por ello, hablamos de licencias remuneradas y las no remuneradas.

Cuando una licencia es remunerada, puede ser por parte del empleador o por la Entidad Prestadora de Salud, se citan a continuación algunos ejemplos:

Por parte del empleador:

- a) Para sufragar,
- b) Para ejercer cargos oficiales transitorios (Jurado de votación),

- c) Desempeño de comisiones sindicales (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- d) Asistir al entierro de un compañero (con aviso previo para no afectar el funcionamiento de la empresa),
- e) Para ejercer cualquier actividad personal y el empleador voluntariamente decide remunerarla,
- f) Licencia por luto,
- g) Grave Calamidad Doméstica.

Por parte de la Entidad Prestadora de Salud EPS:

- a) Licencia de Maternidad,
- b) Licencia de Paternidad,
- c) Y las correspondientes incapacidades por enfermedad o accidente de origen común.

Ahora bien, es necesario señalar que la licencia por calamidad doméstica, puede ser “simple” o “grave”.

a.1) Licencia por calamidad doméstica grave.

Esta licencia es obligatoria por parte del empleador, pero tiene unas particularidades como la remuneración (*a partir de un pronunciamiento de la Corte Constitucional*⁹⁸, *se ha delimitado este tipo de calamidad doméstica*), habrán

⁹⁸ Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.

En ella se resalta que “... Hoy en día, la norma acusada, el numeral 6o del artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, consagra y regula la obligación del empleador de conceder al trabajador las licencias necesarias para atender a varias situaciones como: calamidad doméstica distinta de luto; desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación distintos de jurado de votación, clavero o escrutador; comisiones sindicales cuando no se trate de servidores públicos, y entierro de los compañeros, siendo esta obligación un desarrollo de los principios constitucionales de solidaridad y dignidad, así como de respeto a los derechos fundamentales del trabajador, y en todos estos supuestos existen razones de orden constitucional que justifican la limitación de la facultad de subordinación del empleador y lo compelen a reconocer la obligatoria licencia laboral. En estas situaciones en las cuales la suspensión del trabajo no obedece a causas imputables ni al empleado ni al empleador, sino a las prescripciones del legislador o a circunstancias de fuerza mayor o caso fortuito, o a interpretaciones sobre el alcance del derecho fundamental de asociación sindical, hacer que la carga la asuma el trabajador ya sea económicamente mediante el descuento sobre su salario o en trabajo personal con afectación de su derecho al descanso no resulta conforme a la Constitución, ya que para el trabajador el salario y el descanso son derechos fundamentales irrenunciable,

situaciones donde la calamidad doméstica no tenga la calificación de “grave” y como tal, será potestativo del empleador remunerarla o no.

Por lo anterior, es muy importante definir la gravedad de dicho infortunio para que el empleador esté obligado a dar el permiso de ausentarse del lugar de trabajo.

La norma presenta un importante vacío jurídico al respecto, ya que en la misma, no establece, ni define que es “grave”, por ello, se intenta para hacer una aproximación, extrayendo de la Sentencia de la Corte Constitucional, un aparte que se aproxima a una definición de “grave”, y al que ya se ha hecho referencia en esta investigación, pero que es importante recordar, “... *La calamidad doméstica no es definida por el Código Sustantivo el Trabajo, pero ha sido entendida como todo suceso familiar cuya gravedad afecte el normal desarrollo de las actividades del trabajador, en la cual eventualmente pueden verse amenazados derechos fundamentales de importancia significativa en la vida personal o familiar del mismo, o afectada su estabilidad emocional por grave dolor moral*”.

Como se puede observar, la calamidad para ser remunerada debe ser grave; no es cualquier clase de calamidad, por lo que a pesar de no estar definido en el Código Sustantivo del Trabajo cuáles son, se deben entender por sentido común que son graves.

Ejemplos de Calamidad Grave Doméstica y ejemplos de simples Calamidades Domésticas:

Grave Calamidad Doméstica:

- a) Accidente o enfermedad de un miembro de su núcleo familiar.
- b) Un accidente automovilístico y debió quedarse unas horas en el sitio del accidente o en una inspección de policía o fue conducido a medicina legal para pruebas de alcoholemia.

en tanto que hacer recaer esta responsabilidad en el empleador no representa una carga excesiva o desproporcionada que implique un rompimiento desmesurado del equilibrio contractual ...”.

a.2) Licencia por simple calamidad doméstica.

No requiere mayor definición, ya que con algunos ejemplos, se puede inferir, que la misma hace referencia a hechos simples que pueden impedir que el trabajador acuda a su puesto de trabajo normalmente.

Ejemplos:

- a) La suegra debe ir al médico y no hay quien la acompañe.
- b) El perro o el gato de la casa están enfermos.
- c) No alcanzó a desayunar.
- d) Amaneció lloviendo y no tiene paraguas.
- e) Un gato hizo ruido toda la noche y está trasnochado.

Cómo se observa entre los ejemplos de la “grave” y las “simple” calamidad, todos son calamidades, pero debe ponerse algo de sentido común para determinar la clase de calamidad y con ello, la obligatoriedad no sólo a otorgarla, sino a remunerarla por parte del empleador.

Es importante recalcar que el trabajador por motivos de la grave calamidad doméstica, podrá ausentarse del sitio de trabajo o incluso no presentarse, pero una vez pueda o haya cesado la grave calamidad, no sólo debe informar, sino que debe presentar pruebas sobre la ocurrencia del hecho calamitoso, de lo contrario, podría estar frente a una ausencia sin justa causa del sitio de trabajo.

Tal como se anotó anteriormente, ni el Código Laboral ni ninguna otra disposición jurisprudencial, nos decanta unos ejemplos concretos sobre “grave” calamidad doméstica, de tal manera que para evitar conflictos en su interpretación, bien de despotismos del empleador o abusos del trabajador, lo mejor que se puede hacer es definir qué circunstancias o situaciones van a ser consideradas como “graves” en el Reglamento Interno de Trabajo, si no lo hay, se pueden definir en el mismo Contrato de Trabajo.

El artículo 57 del Código Sustantivo del Trabajo, ya referido, establece como una obligación del patrono, conceder al trabajador las licencias necesarias para el ejercicio del sufragio, para el desempeño de cargos oficiales transitorios de forzosa aceptación, en caso de grave calamidad doméstica debidamente comprobada, comisiones sindicales, para asistir al entierro de sus compañeros, etc.

b) Duración.

La ley laboral, así como no especifica de forma suficiente que es una calamidad o tragedia familiar, tampoco especifica a cuantos días de licencia tiene derecho un trabajador que se acoge a la figura de la calamidad doméstica, por lo que corresponderá al empleador fijar el número de días, basado en cada situación particular y con un sentido justo y razonable acorde con las circunstancias del hecho y de acuerdo con lo estipulado en el reglamento de trabajo para tal fin, o deberá establecer un acuerdo con el trabajador según sea el caso.

c) Requisitos de acceso.

Documento probatorio de la eventualidad, expedido por autoridad competente.

d) Beneficiarios.

A este tipo de licencia puede acceder el trabajador, que considere necesario ausentarse de sus labores para atender alguna emergencia doméstica que requiera de su presencia.

e) Remuneración.

Esta licencia, que en principio se trata de una licencia no remunerada, finalmente le corresponde al empresario decidir si las remunera o no. Así mismo, la condición de licencia remunerada o no, se puede pactar mediante acuerdo colectivo.

El mismo artículo 57 numeral 6, del Código Sustantivo del Trabajo, contempla la posibilidad de que los días de licencia que se concedan al trabajador por calamidad doméstica, puedan ser descontados del sueldo del empleado si así lo considera el empleador.

f) Ámbito de aplicación.

La licencia por calamidad doméstica, que se aplicó para casos de fallecimientos de familiares del trabajador, hasta antes del 05 de enero de 2010, fecha en la cual, entró en vigor la ley 1280 de 2009, que tuvo por objeto, separar los eventos de grave calamidad doméstica de la licencia de luto, que se adiciona al Código Sustantivo del Trabajo, mediante la mencionada legislación.

Como era evidente la confusión que podía generar la expresión “calamidad doméstica”, pudiéndose incluir en ella, cualquier suceso, que a juicio del trabajador hacia inminente su ausencia en el puesto de trabajo , el legislador, decidió separar el evento del fallecimiento de algunos de los familiares del trabajador, y garantizar a través de una normativa específica, que el empleador otorgara la licencia por luto, y que además la remunerase obligatoriamente, condiciones que se vulneraban, cuando se acudía a la licencia por calamidad doméstica en este tipo de eventos, por ser de consideración del empleador si la remunera o no.

Es preciso señalar, que a pesar de que el nacimiento de un hijo, podría ser considerado como una “calamidad doméstica”, al tenor de lo establecido en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que se trata efectivamente de un suceso familiar grave que afecta el normal desarrollo de las actividades de la trabajadora, para este tipo de acontecimiento la legislación ha señalado explícitamente la atribución directa de la licencia de maternidad, como mecanismo para que la trabajadora pueda afrontar esta situación, sobreponerse física y emocionalmente, y posteriormente reintegrarse a su puesto de trabajo.

Ambas licencias, por calamidad doméstica y por maternidad, son pues, incompatibles, como quiera que se aplica la licencia más específica en cada caso.

Respecto al tema que nos ocupa de la licencia por maternidad, cabe advertir que en el caso del fallecimiento de la madre, el padre no podrá recurrir a la licencia de maternidad que le correspondía a su cónyuge o compañera permanente, puesto que de la misma es beneficiaria única la madre, así lo expone el Ministerio de Protección Social, en su concepto número 177973⁹⁹, “la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica consagrada para la madre biológica y para la madre adoptante del menor de siete (7) años de edad extensiva al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente y frente a la cual el legislador no contempló la posibilidad de sustitución al padre cuando la madre fallece al momento del parto”.

A la luz de la normatividad vigente, no es posible sustituir o hacer extensiva la prestación económica por licencia de maternidad que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud al padre en los casos de fallecimiento de la madre

1.7.2 Licencia por Luto.

a) Definición.

La licencia de luto, recientemente integrada al ordenamiento laboral colombiano, es el descanso remunerado a que tiene derecho el trabajador, cuando se presentase el caso de decesos de algunos familiares del trabajador, es así como, si fallece la madre, el hijo, o ambos, el trabajador puede recurrir directamente a esta licencia.

⁹⁹ Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia
Véase al Respecto también:

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.

“... Todo niño tiene derecho a ser tratado con amor, especialmente por sus padres. La maternidad no es un mero asunto biológico, sino, ante todo, una actitud afectiva y espiritual que implica un status tendiente a la protección y promoción del menor, fundada en el amor. Así como hay quienes sin ser los padres biológicos llegan a adquirir el status de padres por la adopción, igualmente hay quienes, pese a tener el vínculo sanguíneo con el menor, en estricto sentido, no son padres, porque sus actos desnaturalizados impiden que se configure en ellos tal calidad ...”.

b) Duración.

El trabajador, pues, puede acceder a la licencia por luto que ha sido reconocida recientemente, a través de la ley 1280 de 2009 (5 de Enero), que inició su vigencia desde el día 05 de Enero de 2010, y a través de la cual, se adicionó el numeral 10 al artículo 57 del Código Sustantivo Laboral que establece:

“Conceder al trabajador en caso de fallecimiento de su cónyuge, compañero o compañera permanente o de un familiar hasta el grado segundo de consanguinidad, primero de afinidad y primero civil, una licencia remunerada por luto de cinco (5) días hábiles, cualquiera sea su modalidad de contratación o de vinculación laboral. La grave calamidad doméstica no incluye la Licencia por Luto que trata este numeral”

c) Beneficiarios.

Serán beneficiarios de este tipo de licencia, el trabajador o trabajadora, que se encontraran frente al deceso de alguno de los familiares mencionados con anterioridad.

d) Requisitos de acceso.

Este hecho deberá demostrarse mediante documento expedido por la autoridad competente, dentro de los treinta (30) días siguientes a su ocurrencia

e) Remuneración.

El pago de esta licencia por luto, lo efectúa directamente el empleador, y la EPS, cumplirá con funciones de asesoría y apoyo psicológico al trabajador..

Las Entidades Promotoras de Salud, en estos casos, tendrán la obligación de prestar la asesoría psicológica a la familia

f) Ámbito de aplicación.

Lo anteriormente indicado significa que la muerte del familiar del trabajador no será considerada como grave calamidad doméstica, y en consecuencia, la licencia por luto operará de forma autónoma e independiente, con la obligación a cargo del empleador de conceder 5 días al trabajador por la ocurrencia de este hecho.

Esta licencia, procede exclusivamente y como ya se mencionó, en casos de fallecimiento de determinados familiares del trabajador, entre los que se encuentran su cónyuge, compañero o compañera permanente, e incluso sus hijos, razón por la cual, de presentarse este evento, y falleciere la madre o el bebé, o incluso ambos, el trabajador podrá acceder al disfrute y remuneración de esta licencia por luto.

En caso de fallecimiento de la madre, tras el parto, el padre y trabajador, podrá solicitar la licencia por luto, que se podrán disfrutar de forma continuada y que será remunerada en su totalidad. Respecto a la licencia de calamidad doméstica, ésta no podrá invocarse por parte del empleado, como quiera que ambas licencias (calamidad doméstica y luto), son mutuamente excluyentes.

1.7.3 La Licencia por Muerte del Bebé.

a) Definición.

Si la mujer completó toda su gestación, pero durante el parto falleció su bebé, al igual que cuando sucede un aborto o parto prematuro no viable, la mujer tendrá derecho a que el médico de la EPS le expida la licencia, la cual irá entre 2 a 4

semanas, como bien lo determine el galeno. (Art. 237 del Código Sustantivo del Trabajo).

b) Duración.

Esta licencia que irá entre 2 a 4 semanas la paga la EPS a la cual se encuentre cotizando la trabajadora. Esos días de licencia serán remunerados sobre el mismo valor del salario que devengaba el día que sucedió la pérdida del embarazo.

c) Requisitos de acceso.

Según lo establecido en el artículo 237 respecto al descanso remunerado en caso de aborto:

“Para disfrutar de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico sobre lo siguiente:

a). La afirmación de que la trabajadora a sufrido un aborto o paro prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y

b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”.

d) Beneficiarios.

Para esta licencia, la beneficiaria será exclusivamente la trabajadora.

e) Ámbito de aplicación.

En el caso del padre, al fallecer el hijo ya sea porque naciese muerto o falleciese después del parto, el padre podrá acceder directamente a la licencia por luto, como quiera que la licencia por paternidad no puede ejercerse, ya que dicha

relación no se ha configurado dada la muerte prematura del bebé. El padre debe probar este suceso, a través de una certificación de “nacido no vivo”, o acta de defunción, según el caso, como requisito de acceso a la prestación.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

Como se torna evidente, respecto al tema tratado de licencia por maternidad, se puede concluir que la licencia por luto, es la más apropiada en caso de fallecimiento de la madre, del padre, del hijo o de ambos. Para acceder a ella, solo se debe acreditar mediante documento expedido por la autoridad competente, la ocurrencia del hecho.

Sin embargo es preciso, reflexionar, si sería posible que concurren las licencias por luto y por calamidad doméstica al mismo tiempo, al respecto, se puede concluir que si se tratase del fallecimiento de la madre, del hijo o de ambos, se estaría frente a la necesidad de aplicar directamente la licencia por luto, y como ya se mencionó descartar la licencia por calamidad doméstica, que a pesar de tener un contexto más abierto respecto a lo que puede considerarse como una “calamidad doméstica”, al mismo tiempo desestabiliza la economía del empleado, dado a que la misma se remunera o no, a consideración del empleador.

Si se presentase el caso, de que falleciese el padre durante el disfrute de la licencia por maternidad, la madre y trabajadora podrá solicitar al mismo tiempo, la licencia por luto, la cual, podrá ser disfrutada, una vez concluido el disfrute del descanso por maternidad. Aclarándose que de acceder a la licencia por luto, se excluye el acceso posterior a la licencia por calamidad doméstica.

El padre podrá gozar de licencia por paternidad y de la licencia por luto continuadamente, si falleciere la madre durante el parto, o en el periodo post parto.

Así las cosas, es dable considerar que si la muerte del familiar del trabajador tiene ocurrencia durante el periodo de las vacaciones, incapacidades, permisos u otras licencias, éstas se interrumpirán de acuerdo con lo señalado en el artículo 188 del Código Sustantivo del Trabajo, y en consecuencia, el trabajador tendrá el derecho a reanudarlas, una vez finalice la licencia por luto.

CAPÍTULO 2: LA PROTECCIÓN POR MATERNIDAD EN EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL

2.1. EVOLUCIÓN LEGISLATIVA DE LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN ESPAÑA.

Múltiples factores han incidido en la evolución de la tutela de la maternidad, singularmente, la incorporación masiva de la mujer al mercado laboral externo y la incidencia negativa del nacimiento de los hijos, incluso de la posibilidad de tenerlos en la vida laboral de las trabajadoras, produciéndose una interrelación entre maternidad y discriminación en el acceso y durante el empleo. Este conjunto de situaciones ha contribuido a forzar un cierto posicionamiento de la trabajadora en orden a optar entre maternidad y profesionalidad, al menos, durante un periodo de su vida activa¹⁰⁰.

Conviene ahora analizar cuales han sido las claves que han permitido dar un carácter dinámico a la ordenación de la maternidad. De todas ellas, sin duda, la de mayor relieve ha sido la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la ordenación de la maternidad, a saber, la protección de la madre y el cuidado del hijo. La diferenciación de los intereses a tutelar ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, cuyos resultados serian los siguientes:

Se rompió con una vieja tradición histórica que únicamente dispensaba protección en los supuestos de maternidad natural, sin tener por tanto en consideración los supuestos de adopción. La nueva ordenación arbitra mecanismos de protección en los casos de adopción, asimilándolos a la maternidad natural y previendo la

¹⁰⁰ Montoya Melgar, A., "La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica", Revistas de Trabajo núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

En su texto señala como parte importante de la evolución legislativa de la contingencia por maternidad en España que "... En la segunda mitad del siglo XVI surgen las denominadas Hermandades de Socorro que, al igual que las anteriores, incluyeron tanto profesionales liberales como labradores, profesionales y ejercientes de todo tipo de oficios. Además, si bien en las denominadas Hermandades de Socorro de muerte sólo aseguraban al asociado los gastos del entierro y del luto, las Hermandades de Socorro de enfermedad aseguraban contra un amplio abanico de riesgos como la enfermedad, el accidente, la invalidez, la muerte, la maternidad e, incluso, la vejez y la supervivencia ...".

existencia de periodos de suspensión que tienen como finalidad el cuidado e integración familiar del adoptado.

Posteriormente y con la misma finalidad se han incorporado los supuestos de acogimiento tanto pre-adoptivo como permanente.

También se estructuran los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación en los periodos de descanso por maternidad o en la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los periodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. La participación referida se estructura mediante las denominadas licencias parentales. En periodos más recientes, el tiempo de éstas licencias se ha ampliado y se posibilita la utilización simultánea o alternativa de los periodos de descanso y de la licencia parental. También y siguiendo las directrices de la Organización Mundial de la Salud en orden a una mejor adecuación de la atención de la salud de la madre y de la relación de ésta con su hijo, se procedió a ampliar el periodo de descanso por maternidad, especialmente en los supuestos de parto múltiple. Igualmente, adquieren relevancia a estos efectos, las dificultades de integración familiar del menor adoptado o acogido, bien por sus circunstancias personales, por su condición de minusválido o discapacitado, bien por tratarse de adopciones internacionales.

La maternidad se ha convertido en una contingencia independiente, rompiendo con la tradición que la incardinaba en el espacio protector de la incapacidad temporal. Sin embargo su autonomía no es totalmente plena¹⁰¹.

¹⁰¹ Tortuero Plaza, JL: “La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en calve continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 39-50

El autor recuerda que en 1989 se inició la reforma a la contingencia por maternidad, una reforma “... tantas veces demandada, que tuvo su continuidad en 1995 y recientemente en 1999. Su análisis merece una singular atención, por ser una de las pocas contingencias que reflejan las expresiones modernización, dinamismo y adaptación a la realidad social.

El ordenamiento español, que partía de una estructura anacrónica, ha experimentado desde 1989 cambios espectaculares, aunque todavía carece de una legislación unitaria y coherente que prevea la totalidad de las medidas conducentes a la tutela efectiva de la maternidad, donde queden delimitadas claramente, las que

Finalmente, la separación de la incapacidad temporal permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección y mejorar el nivel de la protección económica, que en algunos países alcanza el 100 por 100 de los salarios.

De lo anterior se desprende que los ordenamientos han comenzado a dar los primeros pasos para tener en consideración los diferentes intereses jurídicos que en los supuestos de maternidad deben ser objeto de protección, a saber, la salud de la madre y el cuidado del hijo. Esta diferenciación, con relevancia jurídica, ha permitido incorporar los supuestos de adopción y auspiciar que el padre participe expresamente en los cuidados del hijo.

Con ser importantísimo lo anterior, las reformas operadas tienen otra significación que debe destacarse. La nueva regulación pretende ofertar los mecanismos necesarios, al menos en un principio, para evitar que las responsabilidades derivadas del nacimiento de hijos incidan negativamente sobre la actividad laboral de las trabajadoras. De esta forma y en la medida en que el padre se incorpore a los cuidados del hijo, natural o adoptado, las conductas discriminatorias en el empleo referidas a la mujer por causa de la maternidad irán disminuyendo. En definitiva el éxito o el fracaso de la iniciativa legislativa y por tanto la lucha contra las conductas discriminatorias, pasa por un cambio importante en las conductas sociales frente al cuidado de los hijos. En esta ocasión el derecho se ha anticipado al cambio social habilitando los cauces legales necesarios para que este se produzca.

Lamentablemente, los poderes públicos no han puesto demasiado entusiasmo en que el mensaje llegue a los ciudadanos, ni mucho menos han desarrollado una legislación promocional que incentive la participación del padre. Parece que los poderes públicos confían en que el cambio social se producirá solo o confían en que sea la mujer la forjadora del cambio presionando en la unidad familiar de convivencia.

pretenden la protección de la madre desde los distintos aspectos; sanitarios, laborales, económicos, asistenciales, de salud laboral, etc; y las que persiguen una tutela del hijo ...".

Una primera conclusión en estas breves reflexiones, es que es preciso tener en cuenta que los cambios en los comportamientos sociales incorporación del padre (desde los períodos de licencia parental en la maternidad) hasta alcanzar la paridad en las implicaciones del cuidado de los hijos no se alcanza sólo a “golpes de BOE”. Es necesario legislar estableciendo los “raíles” que permitan conducir el cambio social, pero “la locomotora” no anda por si sola, sino que es necesario impulsarla; y esto sólo se consigue mediante una legislación específica de carácter promocional, a través de la cual se incentive, se fomente, se facilite e, incluso, se premie (sanciones positivas) su utilización. Aun así, el cambio requiere tiempo y continuidad en las políticas promocionales.

Efectivamente y siguiendo con el símil, las reformas en la maternidad se han anticipado al cambio social y, además, han puesto los instrumentos (los raíles, la locomotora...) para potenciar este cambio social. Sin embargo, el cambio no se produce en un plazo razonable sobre la base de criterios de ordenación jurídica, es necesario, como se ha dicho, incorporar otro tipo de medidas que lo incentiven. En otro caso, tan solo facilitaremos puntuales aplicaciones basadas en pactos ubicados en el seno de la pareja, pero éstos no constituyen, ni contribuyen salvo en muy largo plazo al cambio social requerido¹⁰².

En este orden es preciso insistir en la distinta funcionalidad que cumplen el conjunto de medidas adoptadas en el ordenamiento jurídico español. Unas pretenden conferir la tutela adecuada ante actuaciones discriminatorias por parte del empresario, otras pretenden reducir los costes para el empresario, otorgándoles una valoración promocional (el denominado coste «0»). Todas ellas son importantísimas y contribuyen a propiciar un espacio de neutralidad promocional. Sin embargo y aunque cada una cumple su función en una valoración de conjunto, el mayor exponente en el cambio social pivota sobre la participación del padre.

¹⁰² Tortuero Plaza, JL,: “La Evolución de la Seguridad Social (1978-1995): El inicio de la Modernización del Sistema en clave continuista”; en: Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales › Núm. 44, Junio 2003 págs. 33-50

Ahora bien, respecto a la evolución legislativa de esta contingencia por maternidad en España, se hace necesario mencionar detalladamente cada una de las legislaciones que se promulgaron con la finalidad de proteger la maternidad en las trabajadoras.

2.1.1 Leyes Referentes a la Licencia por Maternidad en España

A) LEY DE 13 DE MARZO DE 1900.

Esta ley hace referencia a las condiciones de trabajo de las mujeres y los niños, en su texto se incluía la prohibición a la mujer embarazada, de trabajar, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento.¹⁰³

Consecuentemente, se dice en el art. 9, de la Ley de 13 de marzo de 1.900: "No se permitirá el trabajo a las mujeres, durante las tres semanas posteriores al alumbramiento. Cuando se solicite por causas posteriores al alumbramiento, por una obrera, el cese se le reservará el puesto, desde que lo haya solicitado, y tres semanas después de dicho alumbramiento."

Por otro lado, el artículo 18 del Real Decreto de 13 de noviembre de 1900, establecía que "Las mujeres que hayan entrado en el octavo mes de embarazo, podrán solicitar del patrono, el cese en el trabajo, teniendo derecho a que se les reserve el puesto que ocupaban hasta tres semanas después del alumbramiento".

El citado reglamento desarrollaba lo dispuesto en el art. 9 de la ley de 13 de marzo de 1900, el cual, a tenor de la modificación efectuada mediante la ley 8 de 1907, incremento la prohibición de trabajar a las mujeres en estado de embarazo, en un plazo de 4 a semanas, estableciendo literalmente lo siguiente:

¹⁰³ Ley de 13 de marzo de de 1900. "Sobre condiciones de trabajo de mujeres y niños".

“... No se permitirá el trabajo a las mujeres durante un plazo de 4 a 6 semanas posteriores al alumbramiento. En ningún caso, será dicho plazo inferior, a cuatro semana; será de cinco o seis, si de una certificación facultativa resultase que la mujer no puede sin perjuicio de su salud, reanudar el trabajo.

El patrono reservará a la obrera, durante ese tiempo, su puesto en el mismo.

La mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo, podrá solicitar el cese en el trabajo, que se le concederá si el informe facultativo fuese favorable, en cuyo caso, tendrá derecho a que se le reserve el puesto que ocupa.”

Desde su redacción original en 1900, la norma otorgaba a la mujer encinta el derecho a descansar en la última parte del embarazo, a la vez que le imponía la obligación de no trabajar durante varias semanas después del alumbramiento con pérdida de remuneración y reserva de su puesto de trabajo.

Es esta por tanto la primera norma que otorga a la mujer trabajadora el derecho a la licencia por maternidad.

La Ley en mención, sirvió de punto de partida y de molde que se fue perfeccionando a lo largo de las sucesivas etapas legislativas, con el paso del tiempo, al cambiar el contexto jurídico, económico, social y político, alcanzaría un mayor grado de observancia. Resulta importante su análisis, porque constituyó una verdadera referencia para la elaboración de las normas posteriores sobre la materia. Prueba de ello es que existió una continuidad en la regulación posterior del descanso maternal y así queda plasmado en la redacción de los artículos 166 y 167 sobre suspensión por maternidad en la Ley de Contrato de Trabajo de 1944¹⁰⁴

¹⁰⁴ Ley de Contrato de Trabajo de 1944: Art. 166: “Cualquiera que sea el contrato suscrito, toda mujer que haya entrado en el octavo mes de embarazo tendrá derecho a abandonar el trabajo, siempre que presente certificación médica en que haga constar que el alumbramiento se producirá aproximadamente en el término de seis semanas, y no se reiterará a su preocupación hasta que transcurra igual tiempo posterior al parto”.

La norma establecía formalmente la reserva del puesto de trabajo, durante todo el periodo de inactividad, ya fuera antes o después del parto, sin embargo, en el plano material, este derecho, como los anteriores, al descanso antes y después del parto, solo serían realidad cuando el patrono cumpliera pacíficamente sus términos. No existieron verdaderas consecuencias jurídicas sobre su incumplimiento; la única prevista fue la sanción pecuniaria con multa de 25 a 250 pesetas conforme a lo establecido en el propio artículo 13 de la ley aludida. Las autoridades municipales fueron las encargadas de la imposición y cobro de las referidas multas cuando lo determinaron las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales, su producto era interesado en las Cajas de las Juntas locales y era teóricamente destinado a mejorar la educación del obrero.

Así pues, el legislador, tuvo la intención de que esta norma se acatase para garantizar la continuidad del Sistema, en su propio beneficio, sin embargo resultó escasamente aplicada. La situación de absoluta necesidad de las trabajadoras, no les permitió ejercitar los derechos que la norma les reconoció, además los mecanismos coercitivos de la norma frente a los incumplimientos de los empresarios eran débiles y tampoco existió una mínima infraestructura administrativa para poder exigir su cumplimiento.

Como es de suponer, durante este periodo histórico, las trabajadoras sobre quienes recaía esta protección por maternidad, estaba representada mayoritariamente por la clase obrera, integrada en ese entonces por las trabajadoras industriales o fabriles.

La aplicación de la normativa sobre protección por maternidad a las trabajadoras agrícolas sufrió en España, como en otros países, un retraso considerable en su aparición, la legislación del trabajo comenzó siendo “legislación industrial o fabril en la gran mayoría de los países de Europa y sólo en momentos más avanzados, se incorporaron a su ámbito de aplicación otros sectores como el de los

Art. 167: “En cualquiera de ambas circunstancias señaladas (embarazo, parto) en el artículo anterior, el patrono reservará a la obrera y operario su puesto en trabajo durante el tiempo que este obligada o autorizada a dejarle ...”.

trabajadores agrícolas. Este retraso tuvo particular importancia en España, por el volumen de población agrícola y la magnitud del problema social en el campo¹⁰⁵.

A lo largo del Siglo XIX, la mayoría de las mujeres que trabajaban lo hacían en agricultura, la población activa agraria en 1900 ascendía al 63,35% del total de la población activa del momento; en el sector agrícola se podrían estimar los jornaleros varones en 700.000, y las mujeres en 718.000, cifra esta última muy hipotética¹⁰⁶. Sin embargo, a partir de 1900 descendió tanto el número absoluto como relativo de mujeres empleadas, en el sector primario; en 1930 eran casi doscientas sesenta y tres mil, menos que las empleadas en la industria o los servicios.

Aunque, la legislación española sobre la materia que nos ocupa, que es la contenida en el artículo noveno de la Ley de 13 de marzo de 1900, reformada por la de 08 de enero de 1907, extiende la protección de la maternidad, en cuanto a los descansos anteriores y posteriores al parto, a las obreras de todas las industrias sin excluir a las de la agricultura, es muy posible que en la práctica, la protección de la norma no llegase al colectivo de trabajadoras del campo.

La normativa se aplicó al medio industrial, en el que un porcentaje importante de la población activa femenina de la época trabajó, y no solo en fábricas, sino también en otros establecimientos, talleres, etc. Las mujeres trabajaban en una amplia gama de ocupaciones de manufactura aunque su desempeño se concentraba en unas pocas actividades, tejidos, tabaco, etc. En 1930 las mujeres constituían el 52% de los trabajadores textiles de todo el país.

En cuanto a las trabajadoras del sector terciario, las mujeres trabajaban casi exclusivamente en el servicio doméstico. El trabajo doméstico en este momento

¹⁰⁵ Martín Valverde A.: "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987, pág 53

¹⁰⁶ Sánchez Pérez, F.: "El Movimiento Obrero en la Historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", Ed. Taurus, Madrid, 1972, págs. 371 y ss.

Ambos autores se manifiestan en sus textos como partidarios de la exclusión del trabajo agrícola, del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900, dada su falta de regulación, hasta las leyes del contrato de trabajo de 1931 y 1944.

histórico se encuentra carente de toda regulación; el primer intento de reglarla, se produjo el 1 de noviembre de 1906, fecha en la que se presentó a las Cortes el proyecto de Ley de Contrato de Trabajo (Proyecto Dávila), elaborado por el Instituto de Reformas Sociales y redactado de acuerdo con las bases que se habían recibido en 1904, en su artículo primero se consideraba objeto del contrato del trabajo “la prestación retribuida de servicios de carácter económico, ya sean industriales, mercantiles, agrícolas o domésticos”.

La ausencia de regulación del servicio doméstico, supuso que un colectivo bastante numeroso de madres trabajadoras quedó sin protección. Las cifras de ocupación femenina en este ámbito fueron bastante altas, en 1877 había 313000 sirvientas y en 1887 habían ascendido a 322000, esta cifra descendió posteriormente pero en 1931, había remontado hasta sobrepasar las 338000.

Las jóvenes de familia de clase media venidas a menos encontraban también trabajo en los rangos superiores del servicio doméstico¹⁰⁷.

¹⁰⁷ Quesada Segura, R.: “El Contrato de Servicio Doméstico”, Ed. La ley, Madrid, 1991, pág. 63.

Véase en el mismo sentido a:

Gastesi, A., “Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un “lujo” de los Países del sur de Europa”, Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.

“... En España, el servicio doméstico supone un 8,4% del empleo femenino, según la OIT. Cuatro de cada 100 trabajadores españoles están ocupados como empleados del hogar. En los países nórdicos es poco frecuente el servicio del hogar por la protección social al cuidado de hijos.

Los países del sur de Europa, con España a la cabeza, son los que cuentan con más trabajadoras domésticas en sus hogares, según un estudio global elaborado por la Organización Internacional del Trabajo (OIT).”

Concretamente, el estudio destaca a España como el país desarrollado en el que hay un porcentaje mayor de empleo doméstico respecto a la población activa: en 2010 había en España 747.000 personas ocupadas en este sector, lo que supone un 4% del total del empleo y un 8,4% del empleo femenino.

El número de trabajadores domésticos se ha disparado en los últimos 15 años, cuando pasó de 355.000 personas en 1995 a las 747.000 del 2010. “El sector registró un fuerte incremento durante los años de prosperidad económica, seguidos de una modesta caída a partir del 2008”, destaca el estudio, que apunta que el sector está altamente feminizado y tiene un alto índice de trabajadoras inmigrantes latinoamericanas: el 32% de éstas proceden de Ecuador y el 13% de Colombia.

Portugal, con un 3,4% del empleo; Francia con un 2,3%; Grecia con un 2%, e Italia con un 1,8%, son los países con mayor índice de trabajadores domésticos en el mercado laboral. Por contra, en los países nórdicos y el norte de Europa, como Alemania o Suiza, esta figura es prácticamente inexistente.

“La falta de medidas de conciliación y el déficit de servicios públicos de guardería o dedicados a la dependencia provocan este elevado índice de empleadas del hogar en España”, explica Aida Ruiz, directora

Fue evidente, entonces, la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad en la normativa de la primera década de 1900.

Es importante precisar a cerca de lo escrito anteriormente sobre la Ley de 13 de marzo de 1.900, lo siguiente:

1. La normativa protege casi exclusivamente a las trabajadoras manuales de la industria (establecimientos fabriles y mercantiles) que representaban un colectivo bastante numeroso, con mas de trescientas cincuenta mil mujeres.
2. El colectivo desprotegido fue aún más numeroso, el grueso lo integraban:
 - a. Las trabajadoras de la industria a domicilio¹⁰⁸
 - b. Las del servicio doméstico. Aproximadamente 280 mil mujeres.
 - c. Las trabajadoras agrícolas, casi 263 mil.

Aún cuando hubo voluntad política de hacer cumplir esta ley y por ello alcanzó una mayor observancia que normas anteriores, (Por ejemplo la Ley Benot) esta

de la Fundació Maria Aurèlia Capmany y profesora de Derecho Laboral de la Universitat Pompeu Fabra. Según Ruiz, la reforma laboral aprobada por el Gobierno del PP en el 2012, todavía va a empeorar las opciones de adoptar medidas de conciliación. "Ahora es casi imposible adaptar la jornada laboral a las necesidades familiares y la gente tiene miedo de salir del mercado laboral por el elevado índice de paro", añade la profesora de la UPF. "El cuidado de los hijos y el de familiares dependientes han sido la gran bolsa de empleo doméstico en los últimos años, y seguirá creciendo porque los servicios públicos van a menos", asegura Ruiz.

Además de la conciliación, la llegada masiva de inmigrantes, sobre todo de Latinoamérica, proporcionó mano de obra dispuesta a realizar estos trabajos que las mujeres españolas no querían hacer. Según datos que maneja el sindicato CC.OO., el 61% de las trabajadoras domésticas en España son inmigrantes y más del 90% son mujeres. Este fenómeno se ha replicado en muchos de los países del sur de Europa, mientras los países del norte de Europa han sido mucho más restrictivos con la entrada de inmigrantes, según destaca el estudio de la OIT. Es el caso, por ejemplo, del Reino Unido, donde desde el pasado abril los inmigrantes extracomunitarios sólo obtienen un permiso de trabajo de seis meses.

La crisis y el paro han dejado las prácticas de conciliación en segundo plano; hoy en día quien tiene un trabajo no se arriesga a coger una excedencia o una reducción de jornada. Esto, sumado a la reducción de los servicios públicos por los recortes, seguirá alimentado el sector doméstico.

¹⁰⁸ La industria a domicilio ocupó a principios del siglo XX el 51% de las mujeres activas del sector secundario, alto más de un 6,12% de la población activa femenina quedaría excluida del ámbito de aplicación de la Ley de 13 de marzo de 1900. ya que el artículo 1º de la ley de 13 de marzo de 1900 excluyó el trabajo a domicilio, dada la condición de obrero que definía la mencionada legislación, en su artículo 1º y que rezaba: "todos (as) los que ejecutan habitualmente trabajo manual fuera de su domicilio". Así las trabajadoras que sin ser miembros de la familia, acudían a trabajar como empleadas a estos talleres familiares, tampoco se encontrarían protegidas.

norma como todas sus coetáneas, fue incumplida sistemáticamente por los patronos, que sostuvieron una explicable resistencia frente a ella, por ser restrictiva de sus privilegios. La organización encargada de vigilar y exigir su cumplimiento, compuesta fundamentalmente por las Juntas locales y provinciales de Reformas Sociales y la Inspección de Trabajo, no desarrolló una labor muy eficaz en este terreno. Las Juntas locales y Provinciales fueron organismos paritarios representativos integrados por igual número de obreros y de patronos, creados por la propia Ley de 13 de marzo de 1900 y su reglamento de desarrollo.

Las Juntas fueron dotadas desde su creación de una diversidad de funciones de inspección en relación con el trabajo de mujeres y niños. Su actividad inspectora, tuvo mayor proyección debido al retraso hasta 1906 de la constitución de Inspección de trabajo. Efectivamente, esta fue creada por el Real Decreto de 1 de marzo de 1906 como un cuerpo profesionalizado de la Administración Pública impulsado por el Instituto de Reformas Sociales, compuesto por una inspección central e inspectores y delegados residentes en provincias.¹⁰⁹

El establecimiento de inspectores de trabajo por la geografía española fue muy lento debido a la escasez de recursos materiales y supuso la progresiva pérdida de las funciones de inspección de las Juntas en aquellas localidades en que hubiera un inspector.

Por ello, las Juntas que hasta 1906 habían tenido el monopolio inspector negaron en un principio el carácter oficial de los inspectores y tuvieron una escasa colaboración con la Inspección del Trabajo. En numerosas ocasiones mantuvieron la postura de no dar traslado de las actas levantadas por los inspectores a las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, para la imposición de sanciones, o

¹⁰⁹ Pérez-Espinosa Sánchez, F.: "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977, págs.. 58 y 59.

"... La Inspección de Trabajo y Seguridad Social es el órgano de la Administración Laboral encargado de vigilar, controlar y asegurar el cumplimiento legal en materia de condiciones de trabajo, empleo, Seguridad Social, y prevención de riesgos laborales, ya sea por cuenta ajena o por cuenta propia.

Los Inspectores de Trabajo y Seguridad Social son los encargados de controlar que la normativa en las materias citadas sea cumplida. Para ello además, cuentan con el apoyo de los Subinspectores de Empleo y Seguridad Social ...".

retrasaron indefinidamente la aplicación de las sanciones propuestas por aquéllos.

A la actitud de oposición mantenida por las Juntas cabe añadir la pasividad, cuando no la tolerancia y complicidad, que sostuvieron las autoridades, alcaldes y gobernadores civiles, encargados de sancionar las infracciones constatadas por los inspectores de trabajo. Y sobre todo, las dificultades presupuestarias que determinaron que la estructura administrativa de la inspección tuviera por entonces escasos recursos materiales; un año después de su creación en 1907 tan sólo contaba con seis inspectores regionales.

Tampoco existió una jurisdicción específica adecuada a las necesidades de los justiciables sociales, D. Segismundo Moret anunciaba en la circular de 21 de junio de 1902 la reforma del enjuiciamiento civil con el fin de dotar de rapidez, baratura y carácter ejecutivo a las cuestiones contenciosas laborales. Hubo que esperar a que el 19 de mayo de 1908 se dictase la Ley de Tribunales Industriales, reformada el 22 de julio 1912, cuyos efectos tardaron en ser sensibles.

Respecto a los mecanismos para exigir su cumplimiento, previstos en el reglamento de desarrollo de la Ley de 13 de marzo de 1900 tampoco fueron muy eficaces, dado que el legislador optó por sanciones económicas frente a las penales. Dichas sanciones eran adoptadas por la autoridad local y solamente en teoría inmediatamente ejecutivas; se introdujo un nuevo instrumento para reforzar su cumplimiento, la denuncia pública de las infracciones empresariales.

El Real Decreto de 1 de marzo de 1906 que aprobó el Reglamento de la Inspección de Trabajo, si bien establecía un Sistema de sanciones para castigar las infracciones a las leyes de trabajo, seguía recomendando “el sistema persuasivo”, “instruyendo al patrono o jefe de la industria en sus deberes y obligaciones”¹¹⁰.

¹¹⁰ Resistencia estatal a la coacción a la que no eran ajenos los intereses empresariales, que llegaron a oponerse a la acción inspectora del Estado alegando que la visita de la inspección implicaba un delito de allanamiento de morada. Al paso de esta interpretación tuvo que salir la Real Orden de 22 de julio de 1907,

Hubo una resistencia por parte del Estado, del que formaban parte las Juntas de Reformas Sociales, la Inspección de Trabajo, Alcaldes, Gobernadores Civiles, a imponer coactivamente estas normas, dado que recortaban privilegios de buena parte de los sectores sociales que lo integraban.

Siguiendo con el análisis de la Ley de 13 de marzo de 1900, hay que llamar la atención, sobre la total ausencia de protección sanitaria y económica de la maternidad que en ella se daba.

Las cifras relativas a la mortalidad general de las mujeres por motivo del parto en el periodo que va de 1906 a 1926 eran de tres mil trescientas muertes de promedio anual. Nacían muertos también cerca de 17 mil niños cada año y morían más de 97 mil antes de cumplir el primer año de vida. El problema se agravaba cuando se cuantificaba el número de muertes que correspondían a las clases obreras.

Los defensores de una protección sanitaria para la madre trabajadora, se apoyaban en datos científicos, señalando que no es cierto que todos seamos iguales ante la muerte, hace ésta muchos mas estragos en unas clases que en otras. Por cada hijo que perdían las familias nobles o muy ricas en Madrid, a las familias humildes se les morían tres. Lo mismo pasaba con las enfermedades, pues contra ellas tienen las clases nobles y ricas, los medios, y se ha comprobado que, más aún que las clases altas en general, amenazan esos peligros a las familias en que las mujeres son obreras, y que el estrago es mayor en el momento del alumbramiento.

Íntimamente ligado con el problema sanitario se encontraba el pecuniario. En el momento del alumbramiento y en el período inmediatamente posterior las necesidades materiales de la trabajadora aumentaban y los medios disminuían por la pérdida de su salario durante el descanso.

que disponía la publicación de un informe del Instituto de Reformas Sociales, según el cual ni el centro de trabajo “es un verdadero domicilio, ni la entrada a él de un Inspector de trabajo constituye delito alguno”.

Fue muy escasa la iniciativa privada por parte de las propias obreras o de los empresarios y las organizaciones patronales para la creación de instituciones de seguro de maternidad que paliasen dicha situación. Fueron muy pocas las mutualidades maternas organizadas por las obreras para defenderse de este riesgo; y pocas también las empresas que por estímulos de justicia de caridad o de conveniencia establecieron para sus obreras Caja de Maternidad.

La inspección de trabajo en sus memorias de la época refleja que en los centenares de visitas hechas a fábricas de las más diversas clases e importancia, tan solo una en la provincia de Santander había puesto espontáneamente en funcionamiento un auxilio por maternidad. En la información pública abierta en la conferencia de seguros de Barcelona del año 1902, únicamente una organización patronal catalana hizo mención de una caja de maternidad organizada por ella¹¹¹.

La ausencia de soluciones obedecería a causas económicas como la insuficiencia del salario de las obreras y la excesiva onerosidad de la implantación de estas instituciones cuando la carga económica pesaba íntegramente sobre las trabajadoras o sobre sus empresas. Y también a la falta de libertad de las mujeres para adquirir compromisos y disponer de su propio salario, unida a una carencia de cultura económica y de organización sindical generalizada.

En un primer momento el Estado se inhibió de intervenir al respecto; una ley que subvencionase y estimulase a las Mutualidades y Cajas Maternas hubiera contribuido a dar eficacia a la protección por maternidad reconocida en la Ley de 13 de marzo de 1900.

Fue en la conferencia de Berlín de 1890, donde por primera vez se planteó como problema de política social internacional, la protección del trabajo de la mujer

¹¹¹ Aznar Embid, S.: "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996, págs. 4 y ss.

"... La beneficiaria del Seguro obligatorio de Maternidad (artículos 38 y 39) tendrá derecho a percibir como subsidio de lactancia, destinado a mejorar la nutrición de la madre, cinco pesetas por semana y por hijo que amamante. Las entidades cooperadoras podían entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar esta finalidad ...".

antes y después del parto, en ella se acordó ya que no se permitiera trabajar a las mujeres durante las cuatro semanas siguientes al parto. En la Conferencia de Berna de 1905, un informe del Gobierno Británico, hizo ver que la iniciativa adoptada en la de Berlín había sido recogida en las leyes por todos los Estados de Europa, a excepción de Hungría, Luxemburgo y Portugal, la protección económica y sanitaria imprescindible para dotar a la Ley de 13 de marzo de 1900, de realidad se incorporó al Derecho Español, de la mano de una norma de carácter internacional, como lo es el Convenio número 3 de la Organización Internacional del Trabajo, de fecha 29 de noviembre de 1919.

España participó en Washington en la primera conferencia internacional del trabajo, impulsada por la Sociedad de las Naciones, para promover una legislación internacional del trabajo. Uno de los proyectos de Convenio allí discutidos, fue el relativo al empleo de las mujeres, antes y después del parto, gracias a la eficaz intervención de la representación española en su redacción, el alcance de la norma se extendió a la mujer que trabajaba en establecimientos comerciales y no solamente a la de la industria. España respaldó dicho convenio y en consecuencia el Gobierno Español, quedó comprometido a someterlo al Parlamento; el 13 de julio 1922, se promulgaba una ley ratificándolo y autorizando al Gobierno para aplicarlo.¹¹²

Desde este momento el Gobierno tuvo luz verde para la creación de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyo funcionamiento no se materializó hasta años más tarde y que con el transcurso del tiempo, vendría a paliar y a resolver los problemas sanitarios y económicos de la madre trabajadora.

¹¹² Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”, en “Revista de Fomento Social”, Ed. FS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

“... La exposición de motivos del Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, promulgado precisamente para dar aplicación a este convenio así lo refleja...:Sería pues una regresión de la legislación española ajustar ahora la protección de la maternidad a los límites profesionales que se señalan en la Recomendación adoptada en la sesión tercera de la Conferencia Internacional de Trabajo celebrada en Ginebra en 1921, referente a la protección de las mujeres empleadas en la agricultura, antes y después del parto, así como lo dispuesto en el art. 405 de la Parte XIII del tratado de Versalles, según el cual, “en ningún caso se pedirá a ninguno de los Miembros, como consecuencia de una recomendación o proyecto de Convenio que disminuya la protección ya concedida por su legislación a los obreros de que se trata ...”.

B) CONVENIO 3 DE 1919 DE LA OIT y REAL DECRETO DE 21 DE AGOSTO DE 1923.

Con fecha 13 de junio de 1922, España ratificó el Convenio 03 de 1919 de la OIT¹¹³, del cual nos ocuparemos a continuación.

Las novedades más significativas incorporadas por el Convenio 3 de 1919 de la OIT, fueron la percepción por la trabajadora de una prestación económica suficiente para su manutención y la de su hijo, durante el periodo de ausencia por maternidad, junto a la asistencia sanitaria gratuita con motivo del alumbramiento, dispensada por un médico o la comadrona.

Respecto a su ámbito subjetivo de aplicación, el Convenio señalaba que se aplicaría a las mujeres con independencia de su edad, nacionalidad y estado civil, pero en realidad el Convenio era en este punto más restrictivo que la legislación española, al excluir de forma expresa a las trabajadoras del campo. En ningún caso, la ratificación del referido Convenio, supuso una alteración en este sentido de la normativa española, que sí protegía a estas trabajadoras.

Ahora bien, las novedades incorporadas que significaban mayores ventajas para las trabajadoras, obligaron a modificar el ordenamiento español; el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, dio una nueva redacción al artículo 9 de la Ley de 13 de marzo de 1900.

En esa nueva redacción, estableció a favor de las trabajadoras, sin discriminación alguna de edad, nacionalidad, y estado civil, las siguientes prescripciones:

- a) Prohibición de trabajar durante las seis semanas posteriores al parto.
- b) Posibilidad de abandonar el trabajo, una vez entrado en el octavo mes de embarazo, siempre que presentara la correspondiente certificación médica de tal hecho, y de que el facultativo declarase que la fecha probable del

¹¹³ Convenio relativo al empleo de las mujeres antes del parto.

parte, sobrevendría en el término de las siguientes 6 semanas. Se aclaraba que de producirse un error médico o de la comadrona, en el cálculo de la fecha probable del parto, dicho error, no perjudicaría los derechos ya reconocidos.

- c) Reserva el puesto de trabajo por parte del patrono, en los casos de los apartados anteriores, durante el tiempo que la mujer trabajadora estuviese obligada o autorizada para dejar el trabajo.

En este caso, la obligación por parte del empleador, persistiría durante un período máximo de 20 semanas, en el caso de que la mujer abandonare su trabajo o permaneciese ausente de él, durante períodos más largos que los señalados en los apartados a.) y b.), con motivo de una enfermedad, que según certificado médico, fuese consecuencia del embarazo o del parto y la incapacitase para trabajar¹¹⁴.

Este Real Decreto de 1923, reconoció también, el derecho de las mujeres asalariadas a la asistencia gratuita de un médico o una comadrona y al pago de una indemnización diaria suficiente para su manutención y la de su hijo en buenas condiciones de higiene.

Es importante connotar que a través del Convenio 3 de 1919, de la OIT, se determina la retribución de la licencia por maternidad, situación que genera una estabilidad económica y emocional para la trabajadora en estado de embarazo, ya que se asegura que podrá proveer, tanto para sí misma, como para su hijo recién nacido todo lo necesario para su normal desarrollo, durante su descanso laboral.

En España, según el citado Real Decreto de 1923, tenían derecho a este subsidio, todas las mujeres asalariadas que reunieran las siguientes condiciones:

1. Estar afiliadas al régimen obligatorio de Seguro Obrero.
2. No abandonar al recién nacido.

¹¹⁴ Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, sobre el Subsidio de Maternidad.

“... A cada mujer asalariada, se le concede un subsidio o premio de 50 pesetas. Se le da por cada parto, y por tanto, el hecho de tener en él, dos o más hijos, no le da derecho a dos o más subsidios, sino a uno solo ...”.

3. Abstenerse de todo trabajo durante dos semanas.
4. Solicitarlo por escrito antes de los 3 meses de haber ocurrido el nacimiento.

La solicitud, había de dirigirse a la Mutualidad Maternal¹¹⁵, de la localidad, o en su defecto a las sociedades de Socorro Mutuo o Montepíos, o al Instituto Nacional de Previsión, que eran los organismos encargados de distribuir el subsidio.

Volviendo al Convenio anteriormente señalado, se establece en él, además como obligatorio el descanso pre y pos natal, las prestaciones médicas durante el embarazo, parto y puerperio, el derecho a interrumpir el trabajo para amamantar al hijo, y la prohibición absoluta del despido del puesto de trabajo, mientras se esté disfrutando de la licencia por maternidad. Situaciones que tanto el Convenio, como la posterior ratificación española, protegen y garantizan de forma obligatoria, para la totalidad de la población femenina, trabajadora y en estado de embarazo, sin distinción de ningún tipo.

Con la ratificación del Convenio de la OIT, en el año 1922 por España, se autoriza la creación por el Gobierno de una caja de Seguro Obligatorio de Maternidad, cuyas normas de funcionamiento debía establecer el Ministerio del Trabajo, y su subvención estaría a cargo del Estado, lo cual se consiguió en el año 1929, hecho que constituyó un importante avance social, en materia de protección a la maternidad en España. Esta fue la consecuencia más importante producida por el Real Decreto de 21 de Agosto de 1923, con el que se obtuvieron las primeras medidas de Seguridad Social, al establecerse un subsidio provisional de maternidad, mientras se fijaban por el Ministerio de Trabajo las normas para la creación de la Caja de Seguro Obligatorio de Maternidad.

¹¹⁵ Sobre las mutualidades Maternales, según el mencionado Real Decreto de 1923, señala que “... Hay pocas Mutualidades Maternas, y conviene a las obreras y empleadas que haya muchas. Ellas harían todas las gestiones necesarias para que las obreras que tuvieran derecho al Subsidio de maternidad lo cobraran inmediatamente. Para las obreras o empleadas serán un gestor gratuito y celoso; para las Cajas serían una garantía, y allí donde no la tuvieran, una sucursal, no sólo para sus asociadas, sino también para todas las obreras madres que quisieran utilizar sus servicios

Mediante las cuotas de las asociadas y las subvenciones que se obtendrían, ampliarían los beneficios del subsidio, aumentarían la pensión para los días de descanso o ampliarían éste. En vez de reposar dos semanas, reposarían cuatro o más, y por tanto, antes y después del parto. Igualmente podrías asegurar y mejorar su asistencia facultativa ...”.

Los principios establecidos en esta nueva legislación eran los mismos que se habían establecido en el Convenio 3 de 1919 de la OIT, para proteger a la madre obrera en su doble vertiente, protección laboral y protección económica, pero con la diferencia de que el Decreto español en primer lugar, ampliaba el núcleo de las beneficiarias, ya que, como la Ley de 1900, su acción se extendía a todas las madres trabajadoras, incluidas las agrícolas, como antes ha señalado.

En resumen, con el Real Decreto de 1923, se modificó por segunda vez la Ley de 1900, ampliándose los periodos de paro forzoso de la trabajadora embarazada a seis semanas antes y después del parto, y estableciendo los derechos de asistencia médica gratuita y de indemnización económica durante el tiempo en que la mujer no percibiera su salario por haber cesado en el desempeño de sus actividades laborales, como consecuencia del embarazo, parto y puerperio.

Para hacer efectivos estos derechos, esta norma estableció con carácter provisional hasta la implantación de la caja del Seguro Obligatorio de Maternidad, un régimen de subsidio tutelar de la obrera de 50 pesetas que satisfizo el Estado provisionalmente y con dineros provenientes del crédito de 100.000 pesetas, concedidos por la Ley de Presupuestos de 1922, con el que se había creado el Fondo Inicial de Maternidad.

Se encomendó al Instituto Nacional de Previsión, la administración y distribución del “Fondo Nacional de Maternidad”, creado para atender a estos subsidios. El subsidio por maternidad costaba la asistencia en el alumbramiento y para el sostenimiento de la madre y el hijo durante el reposo obligatorio después del parto. Esta norma no implantó el Seguro por Maternidad, pero si preparó definitivamente el terreno y aportó una solución transitoria hasta la creación del mismo¹¹⁶.

¹¹⁶ González Posada,C.,” Los seguros sociales”, Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929, págs. 1 y ss

El autor resalta algunos aspectos importantes del Seguro Obligatorio por maternidad:

“... 1. La aplicación del Seguro de Maternidad comenzará el 1.º de Octubre 1931.

C) REAL DECRETO LEY DE 22 DE MARZO DE 1929, REAL DECRETO DE 29 DE ENERO DE 1930 y REAL DECRETO DE 26 DE MAYO DE 1931.

Ya durante la Dictadura de Primo de Rivera, la experiencia del subsidio de maternidad, el afán del Gobierno de llevar adelante su política de protección familiar, y de aumentar la política sanitaria, llevó al Instituto Nacional de Previsión, a presentar un anteproyecto de un Seguro Obligatorio de Maternidad al Ministro de Trabajo. Este proyecto fue informado favorablemente por el Consejo de Trabajo y la Asamblea Nacional, motivo por el cual, el 22 de marzo de 1929, y a través de un Real Decreto Ley, el subsidio obligatorio de maternidad, se hizo realidad en España, aunque hubiera que esperar hasta el 01 de octubre de 1931 para que iniciara su vigencia.¹¹⁷

Con estas normativas, se acabó definitivamente, con la inconsecuencia de imponer un descanso con motivo del alumbramiento, con la consiguiente pérdida del salario, sin que existiese una indemnización que aliviase los efectos de este menoscabo económico. También se dio cobertura sanitaria a la trabajadora y al

2. Para la mayor facilidad en el pago de las cuotas establecidas en el apart. 4 del artículo 10 del citado Real Decreto, las cuotas trimestrales fijadas por el art. 11 del mismo serán de 1,90 pesetas la patronal y de 1,85 la obrera.

3. Para mejor asegurar á la obrera los beneficios de este Seguro, se añadirá un último párrafo al art. 6.º del Reglamento general del Régimen obligatorio del Seguro de Maternidad en los siguientes términos:

Tendrán también derecho á todos los beneficios anteriores, excepto el 2.º, aquellas obreras que estando sujetas al Régimen obligatorio de Retiro obrero no figuren inscritas en el mismo por culpa exclusiva del patrono, siempre que lo pongan en conocimiento de la entidad aseguradora o de la Inspección y ésta compruebe la certeza del hecho, lo que deberá hacer con carácter de servicio urgente y preferente.

Por lo que se refiere a la indemnización prescrita en el número segundo de este artículo, la entidad aseguradora competente hará entrega de ella á la beneficiaria, tan pronto como la haya pagado, voluntariamente o en virtud del apremio, el patrono obligado á satisfacerla con arreglo al art. 85 de este Reglamento.

4. Los Ministerios de la Gobernación y de Instrucción pública se encargarán de que las entidades locales y los organismos y servicios de su jurisdicción presten la colaboración prevista en el Decreto-ley de 22 de marzo de 1929 y en los Reglamentos dictados para su aplicación, a fin de dar la mayor y más fácil eficacia á la misión sanitaria y protectora de la madre y del niño procurada por el Seguro de Maternidad”...

¹¹⁷ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, sobre por el se crea la caja de seguro obligatorio de maternidad. Por el que se aprueba el reglamento general del régimen obligatorio del seguro de maternidad y Real Decreto de 26 de mayo de 1931. que implantó el seguro por maternidad.

recién nacido. Y de esta manera se cumplió el compromiso internacional adquirido con la ratificación del Convenio número 3 de la OIT.

El texto del Real Decreto Ley, señalaba el carácter obligatorio del seguro de maternidad, cuyos fines, serían principalmente los de garantizar la asistencia médica o de una comadrona a la trabajadora durante el embarazo y parto, y cuando la misma lo necesitare, garantizar los recursos necesarios para el cese en su trabajo durante los períodos previos y posteriores al alumbramiento y el fomento de las obras de protección a la maternidad y a la infancia¹¹⁸:

En cuanto a las beneficiarias, conviene llamar la atención, sobre un hecho importante que se encuentra en la declaración de este Reglamento de 1930. El convenio de la OIT limitaba su protección a las obreras empleadas en establecimientos industriales o mercantiles. El sistema español, es más amplio y generoso al aplicar los beneficios a todas las mujeres inscritas en el Régimen Obligatorio del Retiro Obrero, los extiende también a tres importantes sectores del trabajo, al de las obreras del campo, a las trabajadoras a domicilio, y al de las empleadas privadas o públicas, realizando de este modo, una obra de justicia y equidad, pues las madres campesinas, sometidas a las faenas de la agricultura, las trabajadoras a domicilio, y las empleadas modestas, sujetas por lo general en locales cerrados, a las fatigas del trabajo monótono y continuo, son también clases merecedoras de la “amorosa tutela de la ley”¹¹⁹.

Este seguro de maternidad, contenido tanto en el Real Decreto Ley de 1929, como en el Reglamento del mismo, del año 1930, señalan como beneficiarias de

¹¹⁸ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, arts. 1: “Art.1º : Se establece en España con carácter obligatorio, el seguro de maternidad, cuyos fines inmediatos serán los siguientes: a.) Garantizar a la asegurada la asistencia facultativa en el embarazo y en el parto, y cuando, con ocasión de uno u otro, la necesitare. b.) Garantizarle los recursos necesarios para que pueda cesar en su trabajo antes y después del parto; y c.) Fomentar la creación y sostenimiento de Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia”. Las *Obras protectoras de la maternidad y de la infancia* (artículos 32 a 37) del Real Decreto de 20 de Enero de 1930, son aquellas creadas con un cometido preventivo a fin de evitar la mortalidad y la morbilidad de la madre y de su hijo estableciendo comedores de madres lactantes junto con Asilos o sanatorios de madres convalecientes del parto, guarderías infantiles y obras análogas.

¹¹⁹ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, págs. 11 y ss, Ed. Ingesa, Madrid, 2011

este seguro a “Todas las obreras y empleadas inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero”¹²⁰ sin importar su edad, nacionalidad, ni estado civil.

A este respecto, el Reglamento adiciona, como condición para ser beneficiaria del Seguro por maternidad, las de:

- a) Ser asalariada.
- b) Tener por remuneración de trabajo un ingreso que no exceda la cantidad requerida para ser inscrito en el Régimen Obligatorio de Retiro Obrero.
- c) Tener cumplidos los 16 años y no haber cumplido los 50 años.

Así mismo, las mencionadas normativas, señalan como beneficios del Seguro por maternidad, al tenor del art. 3º del Real Decreto Ley de 1929 y del Reglamento contenido en el Real Decreto de 1930, en su art. 6º Capítulo II, los siguientes:

- a) La asistencia de comadrona o médico, de farmacia en el parto y de los servicios facultativos tanto en período de gestación como en el de puerperio.
- b) La indemnización durante el descanso, que será de tipo obligatoria durante las seis semanas posteriores al alumbramiento.
El Reglamento señala tal obligatoriedad del descanso remunerado por maternidad, en su art. 27, determinando que el mismo es obligatorio durante las seis semanas posteriores al parto, teniendo derecho igualmente la madre, a descansar durante las seis semanas anteriores al alumbramiento.
- c) La utilización gratuita de las obras de Protección a la maternidad y a la Infancia¹²¹.

¹²⁰ Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929, art. 2º. “Art. 2º: Serán beneficiaras de este seguro de maternidad, todas las obreras y empleadas que estén inscriptas en el Régimen Obligatorio de Retiro obrero, cualesquiera que sea su edad, nacionalidad y estado civil.

d) Percepción de un subsidio cuando lacte su hijo. En este aspecto, el Reglamento señala que el subsidio de lactancia contenido en el art. 38 establece que el mencionado subsidio será de cinco pesetas por semana y por hijo que lacte. Este subsidio será forzosamente destinado a mejorar la nutrición de la madre, y las entidades cooperadoras tendrán la facultad para entregarlo en leche o en otras sustancias alimenticias para asegurar aquel fin. Este subsidio se podrá percibir por un período máximo de 10 semanas¹²².

e) Derecho a indemnización extraordinaria en casos especiales¹²³

Respecto a la indemnización por descanso, el art. 23.1, del Reglamento, establece que durante el reposo tanto anterior como posterior al alumbramiento, la trabajadora y beneficiaria recibirá una indemnización por interrupción de su actividad laboral, dicha indemnización tiene como única finalidad, la de brindar

¹²¹ Art. 6º del Reglamento de 1930: Para facilitar la creación, sostenimiento o subvención de las Obras de Protección a la Maternidad, y a la Infancia, a que se refiere el art. 3º número 3., se constituirá el "Fondo Maternal e Infantil", nutrido con los recursos siguientes: a.) Con el tanto por ciento de los excedentes de este seguro, a que se hace relación en el art. 12. b.) Con una cantidad proporcional aportada por el Estado y fijada según el resultado del ejercicio económico anterior. C.) Con un subsidio del Estado para premio a la lactancia. d.) Con las subvenciones fijas o donativos de Ayuntamientos, Diputaciones, Entidades Mutualistas o Patronajes, y en general cualquier persona natural o moral, y e.) Con las multas a que diere lugar la aplicación del seguro.

Con estos fondos, el Instituto Nacional de Previsión y sus cajas colaboradoras organizarán y sostendrán en la medida máxima que aquellas lo permitan, las Obras, a que se refiere el art. 3º, número 3., en relación con el Consejo Superior y con las Juntas provinciales de Protección a la Infancia y demás organismos públicos dedicados a la protección a la maternidad y a la infancia.

Podrán realizar también este fin subvencionado, estimulando y asesorando las obras de esta clase organizadas y sostenidas por las Corporaciones locales, por las mutualidades por los patronos o por otra persona cualquiera.

En ambos casos, las instituciones que sostengan la Obra conservaran la dirección autónoma de la misma"...

¹²² La visitadora cuidará de que la lactante lo perciba con oportunidad y, si fuere en especies, de que éstas sean de buena calidad, de instruir a la madre en los plazos y procedimientos higiénicos y eficaces de la lactancia, así como de certificar, en su día, que la beneficiaria lactó a su hijo, y el tiempo durante el que lo hizo.

¹²³ Casos especiales, tales como: el de una enfermedad persistente del hijo, una operación quirúrgica a la madre o de enfermedad derivada del parto, un parto múltiple o un parto forzoso de la madre que exceda de seis semanas de descanso legal y al que el parto dio ocasión.

estabilidad económica a la trabajadora, para que pueda atender tanto su propia manutención como la de su hijo, a pesar del cese en el empleo.

Tal indemnización, estará integrada por el importe de 15 pesetas por parto y por cada cuota trimestral del seguro de maternidad, que la beneficiaria haya satisfecho dentro de los 3 años anteriores al inicio del descanso remunerado, sin importar el número de partos de la beneficiaria durante esos 3 años.

Según determina el art. 24 del mencionado Reglamento, en el período de transición de los tres años siguientes a la implantación de este seguro:

“El Estado contribuirá en cada caso, con carácter extraordinario con la cantidad indispensable para que cada beneficiaria reciba, hasta completar en conjunto una indemnización correspondiente al pago de seis cuotas trimestrales, cualquiera que sea el número de ellas que la beneficiaria hubiere satisfecho”.¹²⁴

La concesión de esta bonificación suplementaria está condicionada por los siguientes requisitos:

1. Que la asegurada reúna los requisitos para ser beneficiaria, según los anteriormente señalados y contenidos en el Reglamento.
2. Que la beneficiaria no haya llegado a satisfacer un mínimo de seis cuotas a causa de no haber trabajado el tiempo necesario para satisfacerlas.
3. Que la asegurada no tuviese derecho a esta bonificación supletoria si la insuficiencia de cotización fuere debida a incumplimiento de la obligación de cotizar.

¹²⁴ Las beneficiarias que por tener buen salario o sueldo, o por otro motivo cualquiera, puedan y deseen aumentar la cuantía de su indemnización pueden hacerlo mediante imposiciones voluntarias o ingresando, con dicha finalidad, en una Sociedad de socorros mutuos o mutualidad. (art. 31 del Reglamento de 1930).

4. Que el gasto para esta aportación complementaria y transitoria no pueda exceder de 500.000 pesetas en el primer año de la implantación del seguro.

La cifra máxima de este gasto en el segundo y tercer año se fijará por el Gobierno en vista de la experiencia del año anterior.

En dicha normativa define el término “descanso legal”, como *“la cesación durante el plazo, de todo trabajo que a juicio del médico, o de la matrona, puede ejercer influencia nociva sobre el parto, sobre la madre o el hijo”*¹²⁵.

Para tener derecho a la indemnización por el descanso legal se requiere:

- a) Que la asegurada haya sido inscrita en el Seguro de Maternidad por lo menos diez y ocho meses antes del parto.¹²⁶
- b) Que la asegurada, haya pagado las cuotas correspondientes al Seguro de Maternidad, correspondientes a los trimestres en que haya trabajado.
- c) Que de ser posible, al sentirse en embarazo, o en el período de los dos meses anteriores al parto reciba asesoramiento facultativo.
- d) Que justifique la utilización de la asistencia facultativa, así como también justifique que descansó efectivamente durante el período de descanso legalmente establecido como obligatorio.

La elaboración del Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad, estuvo a cargo del Instituto Nacional de Previsión, con un amplio

¹²⁵ Tal descanso legal comprende, la cesación temporal en el trabajo a que habitualmente se dedicaba en el establecimiento industrial, mercantil, o agrícola, en la oficina o en su propio domicilio; y la cesación igualmente temporal, de trabajos y esfuerzos análogos nocivos en otro establecimiento o de índole distinta a la habitual.

¹²⁶ Para que una obrera que en el momento del parto no lleve diez y ocho meses de inscrita en el Seguro de Maternidad, tenga derecho a la asistencia facultativa y a la utilización gratuita de las Obras de Protección a la Maternidad y a la Infancia, será necesario el cumplimiento de la condición c) de este mismo número y que pague la cuota correspondiente al trimestre o trimestres que hubiese trabajado.

espíritu de comprensión y generosidad, desde su puesto de vanguardia, en la defensa de los intereses de las clases trabajadoras¹²⁷.

Ya se ha dicho con anterioridad, que para hacer efectivo el Real Decreto Ley, y para que el Seguro Obligatorio de Maternidad pudiera aplicarse, el 29 de Enero de 1930, es aprobado el Reglamento General del Régimen Obligatorio del Seguro de Maternidad. Sin embargo, las dificultades planteadas a la hora de ejecutarse la Ley protectora de la Maternidad, llevó al Presidente de la II República española, Alcalá Zamora, a instancias del Ministro de Trabajo y Previsión, Largo Caballero, a la publicación del Decreto de 26 de Mayo de 1931, para garantizar el cumplimiento de la Ley de 22 de marzo de 1929

Concretamente, en el Decreto de 26 de Mayo de 1931, se estableció:

1. La entrada en vigor del Seguro Obligatorio de Maternidad el 01 de Octubre de 1931.
2. La cuantía de las cuotas trimestrales que tenían que ser satisfechas por los patronos, una peseta con noventa céntimos, y las obreras una peseta con ochenta y cinco céntimos, para acabar con la dificultad que suponía para la Administración, los patronos y obreras, la cifra de una peseta con ochenta y siete céntimos y medio, establecidas por la ley, como cuota a pagar por los patronos y obreras.
3. La posibilidad de acogerse al Seguro y recibir la indemnización a todas las trabajadoras que no estuvieran inscritas en el Registro Obrero por culpa del patrono, siempre que lo hubieran denunciado ante la entidad aseguradora o a la inspección, y el patrono pagara la cuota.
4. Que los Ministerios de Gobernación y de Instrucción Pública, se encarguen de que las entidades locales y los demás organismos y servicios de jurisdicción, presten la colaboración prevista en el Decreto Ley de 1929 y demás disposiciones a fin de dar la mayor y mas fácil eficacia a la misión sanitaria y protectora de la madre.

¹²⁷ Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, "El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros", págs. 11 y ss., Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

De esta forma, en la época de la II República Española quedaron cumplidos los deseos y las necesidades de proteger a la madre trabajadora.¹²⁸

D) LEY 193/1963, DE 28 DE DICIEMBRE.

La Ley de Bases de la Seguridad social, delinea la reforma de los Seguros Sociales en conexión con las exigencias del Plan de Desarrollo y de la reforma administrativa. Dicha ley hubo de vencer, no pocas resistencias para implantar su concepción progresiva, unitaria y racionalizadora. La mentada ley, parte del carácter dinámico de la Seguridad Social, considera, llegado el momento de operar el tránsito de un conjunto de seguros sociales a un sistema de Seguridad Social, y fija como directrices de esa evolución, la tendencia a la unidad, la participación de los interesados en el gobierno de los órganos gestores, la supresión del posible ánimo de lucro de estos últimos, la conjunta consideración de las situaciones o contingencias protegidas, la transformación del régimen financiero, la acentuación de la participación del Estado en el sostenimiento del sistema y la preocupación preferente sobre los servicios de recuperación y rehabilitación¹²⁹. Así mismo, en esta reglamentación, se sustituye la clásica noción de riesgo por la de situación o contingencia, estableciendo el principio de afiliación única, para toda la vida y complementando las prestaciones de la Seguridad social con servicios sociales y asistencia social.

¹²⁸ Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la Época de la Restauración Española", en: Revistas UCM, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000, págs.. 147 y ss,

*Sonsoles Cabeza-Sánchez. Departamento de Historia contemporánea, Universidad Complutense, Madrid.

¹²⁹ Montoya Melgar, A., "Ideología y lenguaje de las leyes laborales en España", Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009, págs.. 515 y ss.

"... En 1963 aparece la Ley de Bases de la Seguridad Social cuyo objetivo principal era la implantación de un modelo unitario e integrado de protección social, con una base financiera de reparto, gestión pública y participación del Estado en la financiación. A pesar de esta definición de principios, muchos de los cuales se plasmaron en la Ley General de la Seguridad Social de 1966, con vigencia de 1 de enero de 1967, lo cierto es que aún pervivían antiguos sistemas de cotización alejados de los salarios reales de trabajadores, ausencia de revalorizaciones periódicas y la tendencia a la unidad no se plasmó al pervivir multitud de organismos superpuestos ...".

Dicha Ley de Bases de la Seguridad Social del año 1963, en su exposición de motivos, delimita situaciones susceptibles de protección, con carácter general, y señala que las mismas, deben ser apreciadas individualmente, con la finalidad de evitar la desigualdad de las prestaciones, pretendiéndose que no se constituyan categorías privilegiadas de personas, y tiende a conseguir en la medida máxima posible, que el trato dado a las mismas, no presente diferencias notables, cualquiera que sea el sector económico en que trabajen o la naturaleza de su actividad específica.

Una de las innovaciones fundamentales introducidas por esta Ley de Bases, es la contemplación de una situación común de incapacidad laboral transitoria, que exige asistencia sanitaria, para su recuperación y defensa de la salud, recordemos que la contingencia por maternidad, en este momento legislativo, se asumía como uno de los tipos de incapacidad laboral temporal, por enfermedad, y no como una contingencia independiente.

De igual manera, en dicha legislación, se hace referencia a las prestaciones familiares, dentro de las cuales no se incluye la contingencia por maternidad, que, como se dijo anteriormente, se encontraba en aquella época considerada como una enfermedad, que daba lugar a la incapacidad laboral temporal. A este respecto, nos referiremos más ampliamente en los apartados posteriores.

Cabe mencionar, que entre los Principios rectores de esta normativa, se hizo un especial énfasis, en la uniformidad, determinando a través de este principio, una marcada tendencia hacia la igualdad y el realismo de las prestaciones del Régimen de Seguridad Social, intentándose a través de esta legislación, establecer un primer nivel, como ya se dijo, uniforme y general de prestaciones para todos los asegurados, con una uniformidad salarial, reflejo de las tarifas de cotización.

De igual manera, la mencionada Ley de Bases, señala también la obligatoriedad de la cotización, para todos los incluidos en su campo de aplicación. Cotización obligatoria, que nace desde el momento mismo de iniciación en la actividad

laboral, y cuyo tipo a cotizar, será fijado oportunamente por el Gobierno con carácter único para todo el ámbito de cobertura.

A tal respecto, señala Baltasar Rodríguez Santos¹³⁰, que en caso de no encontrarse al corriente con los pagos de cotización, por parte del empresario, esta normativa otorgó cierta flexibilidad, autorizando y dando validez al pago de cuotas fuera de plazo, y señalando en la Orden de 08 de enero de 1971,- norma de aplicación de la Ley de Seguridad Social de aquel régimen, en su artículo 2º, que “el derecho a la prestación sanitaria, por maternidad, enfermedad común o accidente no laboral, se mantendrá durante un plazo de tres meses, aun cuando el trabajador por cuenta ajena, no estuviese al corriente en el pago de las cuotas”

Así mismo, la mencionada normativa, en su Base quinta, determina que la acción protectora de la Seguridad Social, en el caso que nos concierne de la maternidad de la trabajadora, comprendería:

- a) La asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no del trabajo.
- b) Las prestaciones económicas en los casos de incapacidad laboral transitoria.
En el caso de análisis, podemos concluir que al no establecerse como contingencia independiente la prestación por maternidad, la misma será considerada a efectos prestacionales como una enfermedad.
- c) El régimen de protección a la familia. Que consistía en un pequeño subsidio familiar por cada hijo que se tuviese¹³¹.

¹³⁰ Rodríguez Santos, B., “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, págs. 153 y ss.

¹³¹ Ley 193 de 1963, Ley de Bases de la Seguridad Social, Base Undécima: “... Las prestaciones Económicas del Régimen de protección a la familia, en el que quedarán integrados los actuales de Subsidio y Plus Familiares consistirán:

En las prestaciones familiares, esta normativa, va decididamente y acaba con el ilógico sistema de desigualdades existentes, en donde frente a un régimen general igualitario y débil, representado por el Subsidio familiar, la prestación realmente básica, estaba y está representada por el plus familiar con diferencias enormes en el valor de los puntos, y por consiguiente, en la protección representada por éstos. Esta normativa, quiso uniformar estas prestaciones; como el riesgo es tan característico, a saber, el sacar adelante a un hijo, entiende que la uniformidad absoluta puede y debe existir porque va referida, en líneas generales al hijo que nace. Estableciendo por supuesto, un sistema transitorio que respete y ampare las situaciones creadas, como pase desde la situación presente, a la contemplada como la final¹³².

Como ya se expuso, las prestaciones familiares que recogía esta normativa, consagraban una importante manifestación de la tendencia a la unidad y simplicidad del sistema, al decidir la integración progresiva en un solo régimen de los del subsidio y Plus familiar, sin alterar la cuantía global de las aportaciones de empresas y trabajadores. Era, no obstante, obligado respetar a título personal, las situaciones disfrutadas de presente. De este modo, se llegaría aunque no con carácter inmediato, a implantar el principio de justicia distributiva, de que a igual carga familiar, se percibiese igual asignación, instaurándose finalmente, una verdadera solidaridad nacional. Con esta medida, se suprimirían los riesgos de discriminación entre trabajadores, pues ni las empresas, ni los compañeros del que pretendiese ingresar en aquellas, sufrirían perjuicio alguno por el número de hijos de éste; facilitándose así mismo, el movimiento de mano de obra, desde el momento que los cambios de empresa, no representasen alteración en las

En una asignación mensual uniforme por cada legítimo, legitimado, adoptivo o natural, reconocido, menos de 16 años, o incapacitados para el trabajo. Los huérfanos de padre y madre menores de 16 años o incapacitados para el trabajo, sean o no pensionistas de la Seguridad Social, tendrían derecho a la asignación que en su caso hubiera podido corresponder a sus ascendientes, y En una asignación mensual uniforme por esposa, en las condiciones y con las limitaciones que reglamentariamente se determinen...”

¹³² Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964, págs. 16 y ss.

cuantías de prestaciones familiares, al unificarse todas las bases de cotización de Seguridad Social¹³³.

Ya en la Base séptima de la expresada normativa, se hacía alusión detallada a la incapacidad laboral transitoria, señalándose, para el caso estudiado de la maternidad de la trabajadora, que tendrían tal consideración, entre otras, “los períodos de descanso voluntario y obligatorio, que procedan en caso de maternidad”¹³⁴. Es preciso insistir, en el concepto de incapacidad laboral transitoria, ya que es el criterio al cual se asimila la licencia por maternidad, en términos de aplicación normativa. En tal sentido, se define la incapacidad laboral transitoria, como “la situación jurídica, en la que se encuentra un trabajador que necesita asistencia sanitaria, y se halla impedido para el trabajo”¹³⁵. Tal concepto legal, excluye a la maternidad por adopción, ya que la misma no requiere de asistencia sanitaria, por lo cual, y según la mencionada Ley, solo podía acceder a la licencia por maternidad, la madre biológica.

En cuanto a la prestación económica, en las diversas situaciones de incapacidad laboral transitoria, la normativa señala, que se constituiría con un tanto por ciento que sobre de las bases de cotización, se fijaría con carácter unitario para todas ellas, y se haría efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidas para cada grupo de tales contingencias.

En cuanto al momento de su nacimiento y pago se señalaba que: “... En el caso de accidente o enfermedad profesional, la prestación económica se abonaría desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfaría si la

¹³³ Boletín Oficial del Estado núm. 312, de 30 de diciembre de 1963. “Exposición de motivos, a la Ley de Bases de la Seguridad Social”.

¹³⁴ Base Séptima: “Veintinueve: Tendrán las condiciones de estados o situaciones determinantes de incapacidad laboral transitoria: a) las de enfermedad común o profesional, y accidente, sea o no de trabajo, mientras el trabajador reciba asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y esté impedido para el trabajo. b) los denominados períodos de observación y sus asimilados o equivalentes en casos en enfermedades profesionales y c) los períodos de descanso voluntario y obligatorio en caso de maternidad.”

¹³⁵ Rodríguez Santos Baltasar, “Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social”, Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972, pág. 106.

duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere”¹³⁶.

Respecto al caso que nos ocupa, tal prestación con contenido económico, al incluirse dentro de las incapacidades laborales de tipo de transitorio, se haría efectiva en términos económicos, a partir del cuarto día en que se iniciase el descanso voluntario por maternidad, y se mantendría hasta el momento en que culminase el período de descanso obligatorio, y la trabajadora se reintegrara a su puesto de trabajo.

E) DECRETO 907 DE 1966, DE 21 DE ABRIL DE 1966 y DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974.

Durante la dictadura de Franco, se desarrolló la Ley de Bases de Seguridad Social antes de estudiada y se establecieron las reglas generales de la seguridad social en España, señalando las contingencias y situaciones en las cuales, la legislación garantizaría la protección a los trabajadores.

Este Decreto establece la obligatoriedad de la afiliación y cotización al sistema General de la Seguridad Social, así como también indica en su art. 20, el contenido de la acción protectora, que consiste en la prestación económica y la asistencia sanitaria.

¹³⁶ Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963, Base Séptima. Treinta.”

“... Base Séptima. Treinta. a) La prestación económica en las diversas situaciones constitutivas de incapacidad laboral transitoria consistirá en un tanto por ciento que, sobre las bases de cotización, se fijará con carácter unitario para todas ellas y se hará efectiva en los términos y condiciones genéricamente establecidos para cada grupo de tales contingencias.

b) En caso de accidente o enfermedad profesional la prestación económica se abonará desde el día siguiente al del siniestro. En el de enfermedad se satisfará si la duración de ésta es como mínimo de siete días, y a partir del cuarto de enfermedad. La prestación económica en uno y otro supuesto se hará efectiva hasta la fecha en que el trabajador sea dado de alta con o sin invalidez o falleciere.

En los supuestos del apartado a) de este número si transcurridos dieciocho meses, prorrogables en su caso por otros seis, de asistencia sanitaria, incluidos los períodos de recaída, el trabajador no estuviera en condiciones de reanudar su trabajo, la prestación se regirá por las disposiciones relativas a la invalidez, sin perjuicio de continuar prestándole la oportuna asistencia sanitaria y de calificar su capacidad laboral al ser dado de alta ...”.

En cuanto a la prestación de contenido económico, el mismo artículo, en un principio se refiere a la procedencia del subsidio dinerario, en caso de incapacidad temporal, transitoria, invalidez, vejez, desempleo, muerte y supervivencia.

Es de resaltar, que el literal e) del art. 20, de la mencionada normativa, determina la entrega de prestaciones económicas, como premios provinciales y nacionales de natalidad. Instituyendo de esta manera, un incentivo a la natalidad.

La contingencia por maternidad, en este Decreto, es considerada como un tipo de incapacidad temporal, y al respecto, la normativa señala, que el periodo de descanso voluntario y obligatorio procedente en casos de maternidad, hace parte de las situaciones protegidas bajo el concepto de incapacidad temporal.

Ya en el art. 127 de la misma Ley, se señala expresamente la prestación por maternidad, con contenido económico y se establece que de la misma, será beneficiaria, la trabajadora que haya cotizado al régimen de Seguridad Social, por lo menos nueve meses antes de dar a luz, y que haya cumplido durante el año inmediatamente anterior un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

La Ley de 1966 estuvo vigente, hasta la entrada en vigencia de la Ley de 1974. Este último texto cambió pocas cosas con respecto al tema que nos ocupa.

Al igual que en la legislación del año 1966, ya analizada, en el Decreto de 1974, también se establecen los premios por natalidad, consistentes en asignaciones mensuales por cada hijo.¹³⁷

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo

¹³⁷ Decreto 907 de 1966, de 21 de abril de 1966, Texto articulado de la Ley de Bases de la Seguridad Social y Decreto 2065 de 1974, de 20 de julio de 1974, por el cual se aprueba el Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

Tuvieron que pasar quince años, para que la legislación española tuviese en cuenta la necesidad de ampliar el número de semanas de descanso por maternidad, e incluir en ellas la posibilidad de disfrute compartido entre ambos progenitores, enfocándose en la tutela jurídica de la vida y bienestar del hijo recién nacido, y esto se llevó a cabo mediante la Ley 3 de 1989, de 3 de marzo, que otorgó un importante avance en materia de contingencias de la Seguridad Social en España.

F) DECRETO 2065 DE 1974, DE 20 DE JULIO DE 1974, POR EL CUAL SE APRUEBA EL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

Este decreto, determina todo lo que al Sistema de Seguridad social se refiere, señalando expresamente en su Capítulo IV, denominado “Acción Protectora”, en el que se establece que tal acción comprenderá, la asistencia sanitaria en los casos de maternidad, de enfermedad común o profesional, y de accidentes, sean o no, de trabajo.

En esta normativa, se determina, que el subsidio por maternidad, se equipara para efectos de prestación económica, a la incapacidad laboral transitoria, y en su artículo 128 literal b, se señala que para poder considerarse beneficiaria de tal prestación, la trabajadora, deberá haber cotizado a la Seguridad social, por lo menos, nueve meses antes de dar a luz, y haber cumplido durante el año inmediatamente anterior, a dicho momento un periodo mínimo de cotización de ciento ochenta días.

G) CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA DE 1.978.

A pesar de que en la Constitución Española, no hay un reconocimiento expreso de la licencia por maternidad, sin embargo tal reconocimiento aparece implícito del derecho a esta licencia, por vía de identificación con el principio de protección a la familia, consagrado en su artículo 39.

El objeto de la licencia por maternidad, está enfocado a la protección a la familia desde los planos jurídico, social y económico. Esta finalidad se cumple a través de:

1. La conservación del contrato de la madre trabajadora, durante el descanso por el nacimiento del hijo, en este supuesto se referencia a una protección de tipo jurídica.
2. El reconocimiento de las prestaciones de Seguridad Social durante dicho periodo, caso en el cual, la protección se refiere a los aspectos sociales y económicos.

Así mismo, el mencionado artículo 39, contiene un mandato dirigido a los poderes públicos consistente en asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, con un enfoque único de protección a la familia.

La connotación en el ámbito laboral del principio de protección a la familia, a través de la figura de la licencia por maternidad, ha traducido correctamente el alcance constitucional de dicho principio. La regulación de la licencia por maternidad protege a la familia, favoreciendo la adaptación del entorno familiar al nacimiento de un nuevo hijo (art. 39.1 CE). Para conseguir esta finalidad, la ley, el Estatuto de los Trabajadores, otorga derechos especiales a la madre trabajadora para que pueda atender a su hijo recién nacido (art. 39.2 y 3 CE).

En la licencia por maternidad, la protección de la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido son los intereses jurídicos prioritarios en consonancia con el alcance del mandato constitucional.

H) LEY 3 DE 1989, DE 3 DE MARZO.

Mediante esta normativa, se modificaron las medidas de protección por maternidad y de excedencia en el cuidado de los hijos, ya que la regulación que existía, no ofrecía los niveles adecuados para evitar que la atención de las situaciones derivadas del nacimiento de los hijos, incidiese negativamente sobre la vida laboral de los trabajadores¹³⁸.

En el caso de análisis, el descanso por maternidad, tenía una duración de catorce semanas fijada tanto en el Estatuto de los Trabajadores como en la normativa para funcionarios, y precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la Organización Mundial de la Salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo.¹³⁹

La modificación más relevante implementada por esta normativa, fue el establecimiento del incremento de las semanas de descanso remunerado por maternidad, de catorce a dieciséis semanas.

En el mismo sentido, el Convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el Estatuto de los Trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una

¹³⁸ Ley 3 de 1989, “Exposición de motivos:

... En lo que se refiere al descanso por maternidad, la duración de catorce semanas fijada tanto en el estatuto de los trabajadores como en la normativa para funcionarios, precisaba de una ampliación para así garantizar, de acuerdo con las directrices de la organización mundial de la salud, la adecuada atención de la salud de la madre y la mejor relación de esta con su hijo. En el mismo sentido, el convenio 103 de la OIT sobre protección de la maternidad, ratificado por España el 26 de mayo de 1965, impone un descanso obligatorio de seis semanas después del parto, exigencia esta que no se recogía en el estatuto de los trabajadores. De ahí la necesidad de proceder a una reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

Asimismo, se ha considerado conveniente asimilar a este supuesto, con un tratamiento específico, los casos de adopción de menores de cinco años ...”.

¹³⁹ Ley 3 de 1989, de 3 de marzo. por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de la mujer en el trabajo.

reforma de dichas normas, en el doble sentido de ampliar la duración de este descanso y fijar el carácter obligatorio de una parte del mismo después del parto.

De esta forma, el art. 3º de la mencionada ley de 1989, señala que *“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”*.

También se señala en el mismo artículo, que tal permiso de descanso remunerado puede ser distribuido libremente por la trabajadora, siempre que seis de las semanas inmediatamente posteriores al parto, sean de descanso obligatorio para la madre. Sin embargo, en el caso de que ambos padres trabajen, una vez iniciado el período de descanso, la madre, podrá optar porque el padre disfrute de hasta cuatro de las últimas semanas del permiso, siempre que sean ininterrumpidas y al final del citado periodo.

La nueva realidad social y económica, y por supuesto la situación laboral actual, que atañe no solo a la familia, sino a la sociedad en todo su conjunto, ha modificado el estado de las cosas en lo que a licencias por maternidad se refiere.

A partir de esta Ley del año 1989, se continúa protegiendo los intereses y cuidados destinados al restablecimiento de la salud de la madre, antes, durante y después del parto, así como la atención y bienestar del hijo, y la estabilidad en el empleo de la mujer trabajadora. Y con esta Ley, se produjo el inicio de un importante cambio en el enfoque normativo de la protección a la maternidad, ya que se incorporaron elementos de tipo correctivo a los mecanismos tradicionales (suspensión y prestaciones de Seguridad Social), de protección, con la intención de aproximarse a la concepción sobre la maternidad de la trabajadora de la mayor parte de la sociedad. Tales elementos correctores fueron; la ampliación de la duración del período de descanso de catorce a dieciséis semanas, la posibilidad

de disfrute de una parte de la licencia por el padre, el aumento de la prestación económica y el derecho a la percepción de la misma por el padre¹⁴⁰.

Esta legislación se caracterizó, frente a las anteriores, en haber desplazado su centro de gravedad, hacia el bien jurídico de la atención y cuidado del recién nacido, como parte integrante de un interés global de la institución, consistente en la adaptación del entorno familiar, a su nacimiento. A partir de entonces, la salud de la madre y del hijo, aunque continuaron siendo objeto de protección, dejaron de ser intereses prioritarios.

A partir de la normativa de 1989, la suspensión por maternidad ha perdido su fundamentación como período de descanso a disfrutar por la madre, hasta completar su máximo de duración, el disfrute de 16 semanas completas, no tiene porque llegar a cubrirse, ni porque hacerlo exclusivamente la madre, ya que, como se expresó anteriormente, se pueden compartir con el padre, y esta posibilidad fortalece la deducción lógica de que el bien jurídico protegido es la vida y bienestar del recién nacido, y su incorporación en el entorno familiar.

Esta normativa, lleva implícita la finalidad de repartir entre los progenitores, no solo las cargas domésticas derivadas del nacimiento y crianza de un hijo, sino también los riesgos profesionales que esto conlleva. En un verdadero ejercicio de igualdad real, la ley de 1989, favoreció la posibilidad de que los padres se pusieran de acuerdo en repartir el riesgo profesional.

Después de 50 años de asimilación con la enfermedad, la maternidad ha adquirido con esta normativa del año 89, carta de naturaleza, convirtiéndose en contingencia propia e independiente, donde los intereses a tutelar adquieren el

¹⁴⁰ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la Trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002, págs..75 y ss.

“... Hemos de resaltar que hubo un interés, cuya protección tampoco fue suficientemente contemplada en la regulación de 1989 y es el “interés del empresario”. Las cargas que por razón de la maternidad, recaían sobre el empresario, eran las mismas y aún mayores que con anterioridad: ampliación del periodo en dos semanas; un aumento de la cuantía en la base de cotización por maternidad, obligación de cotizar durante el período de la prestación, etc. ...”.

protagonismo que merecen, al tiempo que fuerzan a una ordenación jurídica más razonable y coherente.¹⁴¹

Se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad, en dos etapas sucesivas y claramente diferenciadas, la primera etapa hasta la ley 3 de 1989, de 3 de marzo, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora, y la segunda etapa desde la Ley de 1989 hasta la actualidad, en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

2.2. NORMATIVA APLICABLE.

Corresponde ahora, hacer referencia a las disposiciones de rango legal, en el ámbito nacional interno, en las que se ha regulado la licencia por maternidad, tales como la Ley General de la Seguridad Social, el Estatuto de los Trabajadores, y algunas Directivas de la Comunidad Europea.

Para tales efectos, describiremos superficialmente el contenido de tales disposiciones, ya que las mismas serán abordadas a profundidad posteriormente. Se encuentran entonces:

- A) La Ley General de la Seguridad Social
- B) El Estatuto de los Trabajadores.
- C) Las Directivas Comunitarias.

¹⁴¹ Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000, pags. 271 y ss.

Véase también:

Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social", en Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.

"... En la protección de la maternidad, la Ley ha incorporado un amplio elenco de medidas entre las que destacan aquellas que se han dirigido: a la corrección de las limitaciones existentes en la protección integral de la salud de la mujer y del hijo en los procesos de maternidad biológica, ampliando la tutela frente a los riesgos de la función reproductora de la mujer al período de lactancia natural, a la mejora de la protección económica y laboral y a la introducción de la corresponsabilidad de los sexos en el cuidado del hijo o a través de la creación del permiso de paternidad, todo ello encuadrado dentro del amplio marco de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral ...".

A) LA LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.

La Ley General de la Seguridad Social, contenida en el Real Decreto Legislativo 1/1994 de 20/06, por medio del cual se aprobó el texto refundido de tal normativa, que reglamentó todo lo referente al Sistema de Seguridad Social en España, incluyendo el contenido de la contingencia, sus beneficiarios y requisitos de acceso.

Se señala la asistencia en casos de maternidad, como parte esencial de la acción protectora del sistema, así como las prestaciones económicas necesarias y la reserva del puesto de trabajo de la mujer embarazada.

De la misma manera, esta normativa establece los contenidos prestacionales y requerimientos aplicables tanto en la modalidad contributiva, como en la no contributiva.

En el Capítulo IV de la misma normatividad, se contiene la licencia por maternidad como una de las situaciones que protege el Sistema de Seguridad Social, incluyendo en dicha protección, la adopción y el acogimiento tanto pre adoptivo como permanente, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el número 3 del artículo 30 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la Reforma de la Función Pública. (Este artículo ha sido añadido por el art. 33 de la Ley 42/1994, de 30 diciembre, posteriormente redactado conforme al art. 13 de la Ley 39/1999, de 5 noviembre).

En su redacción originaria, La Ley General de Seguridad Social, dispuso que serían beneficiarias del subsidio por maternidad las trabajadoras por cuenta ajena, que disfruten de los descansos referidos anteriormente, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el número 1 del artículo 124, acrediten

estar afiliadas, y en alta o situación asimilada al alta¹⁴². y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

La prestación económica por maternidad, consiste en un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso

B) EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES.

El reconocimiento del derecho al permiso por maternidad es muy temprano, data de la Ley de 13 de marzo de 1900, como ya se expresó.

El art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, denominado “Suspensión con reserva de puesto de trabajo”, que regula el derecho a la licencia por maternidad,

¹⁴² Tener cubierto un período mínimo de cotización de:

- a) Si el trabajador tiene *menos de 21 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, *no se exigirá* período mínimo de cotización.
- b) *Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 90 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.
- c) *Si el trabajador es mayor de 26 años* de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, o 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral con anterioridad a dicha fecha.

En el supuesto de parto y con aplicación exclusiva a la madre biológica: La edad indicada en los apartados anteriores será la que tenga cumplida en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de acreditar el período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.

está ubicado en el Título I “De la relación individual de trabajo”, Capítulo III “Modificación, suspensión y Extinción del contrato de trabajo”. El apartado cuatro del art. 48 está dedicado a la suspensión por maternidad biológica (párrafos 1 y 2 del ET), a la adopción y el acogimiento. Por influencia fundamentalmente de la normativa de la OIT, el tratamiento jurídico que el art. 48.4 ET da a la suspensión por maternidad es mucho más exhaustivo que el previsto para cualquier otra causa de suspensión conectada con la persona del trabajador, especialmente en lo que afecta a su régimen de ejercicio y a la duración de la suspensión en sus diferentes modalidades. En este sentido, que el Convenio núm. 103 de la OIT, contiene detalladas directrices que las legislaciones internas, entre ellas, la española, debían acoger y desarrollar.

La integración de la licencia por maternidad, al Estatuto de los trabajadores, se caracteriza especialmente por la protección a la familia.

C) LAS DIRECTIVAS COMUNITARIAS.

La legislación comunitaria relativa a las cuestiones que afectan a las mujeres, se ha centrado tradicionalmente en un solo tema, y es en el de la igualdad de oportunidades (en origen: “igualdad de trato”) entre hombres y mujeres en ámbitos diferentes (trabajo, seguridad social, etc.), teniendo por lo tanto un impacto indirecto en los derechos relativos a la maternidad, a través del establecimiento de disposiciones mínimas (armonizando las legislaciones nacionales preexistentes) en el campo de la igualdad de trato/oportunidades, interfiriendo en ellas e introduciendo elementos comunes¹⁴³.

A tal interés de la Comunidad Europea, por la igualdad entre ambos sexos, habría que añadir otro, que ha contribuido también de manera indirecta a la mejora de

¹⁴³ Ríos Rodríguez A., “Cuadernos de Trabajo Social núm. 4, núm. 5, 1992- 1993”; págs. 161 a 174, Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

“... El gasto público en educación se ha mantenido o ha disminuido debido a la caída de las tasas de natalidad; las pensiones y las prestaciones sanitarias se han visto enormemente ampliadas, mientras que las prestaciones por maternidad e infantiles han aumentado pero a un ritmo claramente inferior al de las pensiones...”.

las condiciones de vida y de trabajo de las mujeres-madres europeas: el bajo crecimiento natural de la población, y la escasez de mano de obra cualificada, condiciones que han llevado a los empresarios, a contratar más y más trabajadoras femeninas, resaltando de este modo, la necesidad de tomar medidas al respecto. Siendo los dos objetivos principales de la política social comunitaria, la mejora de las condiciones laborales de los trabajadores europeos y el aumento de la competitividad de la Comunidad Europea, y con ello, una protección adecuada de las gestantes y lactantes, constituiría una buena base para lograr ambos fines.

Es así como, la Directiva 2010/41/UE, sobre aplicación del Principio de Igualdad entre hombre y mujeres que ejercen una actividad económica, señala las medidas necesarias para que “A las trabajadoras autónomas, las cónyuges y las parejas de hecho, se les pueda conceder el subsidio por maternidad de cuantía suficiente que permita interrupciones en su actividad profesional por causa de embarazo o maternidad, durante por lo menos 14 semanas”, así lo determina el art. 8 de la citada Directiva.

La misma normativa señala que la suficiencia del mentado subsidio, se determinará teniendo en cuenta los siguientes parámetros:

- a) Que sea al menos equivalente al subsidio que la persona recibiría si interrumpiera su actividad por motivos de salud
- b) Que sea al menos equivalente a la pérdida media de ingresos o de beneficios en relación con un periodo anterior comparable sujeto a un límite máximo fijado en virtud del Derecho Nacional
- c) Que sea al menos equivalente con cualquier otro subsidio relacionado con la familia, establecido por el Derecho Nacional, dentro de los límites máximos que se establezca.

Así mismo, la Directiva establece que cada estado miembro, podrá determinar si el subsidio por maternidad se concede de forma obligatoria o voluntariamente.

A través de esta reglamentación, se intenta garantizar la igualdad de trato entre hombres y mujeres, así como, la estabilidad económica de la mujer trabajadora, que por su condición de gestante y/o lactante, se ve avocada a ausentarse de su puesto de trabajo.

De otro lado, la Directiva 92/85, sobre Protección a la maternidad, determina un marco jurídico, que brinda protección al especial estado psicofisiológico de la mujer, relativa al embarazo, al posparto y al periodo de lactancia, evitando que tales condiciones constituyan obstáculos para su desarrollo en el mundo laboral, y así eliminar cualquier discriminación por razón de sexo, que sea motivada por estas causas.

En este sentido, la especial protección a la maternidad, constituye una norma comunitaria específica, de conformidad con el art. 16 Párrafo 1º de la Directiva 89/391/CEE de 12/06, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, pero específicamente de la mujer embarazada, que haya dado a luz o esté en periodo de lactancia. Así, se le considera como un grupo expuesto a riesgos, especialmente sensible y para quienes se deben tomar medidas relativas a la salud y seguridad, protegiéndola de los peligros que afecten de manera específica, obedeciendo la protección de la maternidad a razones biológicas, donde la mujer es el sujeto exclusivo.

De esta manera la justificación de dicha protección implica dos aspectos; subjetivo, tomando como punto de referencia, la situación especial del sujeto contemplado por la norma, y desde una perspectiva objetiva, aludiendo a la maternidad como una función social, objeto de protección donde la mujer

trabajadora se encuentra en una situación especial de sensibilidad y peligro para su estado de salud¹⁴⁴.

La Directiva 92/85/CEE del 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en periodo de lactancia, prevé medidas provisionales para proteger a las mujeres embarazadas¹⁴⁵, que hayan dado a luz¹⁴⁶, o en período de lactancia¹⁴⁷ contra estos riesgos y prohíbe completamente la exposición a algunos agentes químicos, físicos o biológicos. Diversas disposiciones particulares regulan el trabajo nocturno, el permiso de maternidad, los exámenes prenatales, los derechos inherentes al contrato de trabajo y la protección contra los despidos discriminatorios.

Esta Directiva exhorta a los Estados miembros a que hagan lo necesario para que cualquier mujer que se considere perjudicada por el incumplimiento de las medidas pueda hacer valer sus derechos.

La trabajadora embarazada no podrá verse obligada, en ningún caso, a realizar actividades que de acuerdo con la evaluación específica supongan una exposición a agentes químicos, físicos o biológicos y a las condiciones de trabajo

¹⁴⁴ Figueroa Bello A., "Otras Directivas Europeas", Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, Madrid, 1999, págs. 213 y ss.

"... Desde el punto de vista de la salud laboral, la protección del embarazo, se regula jurídicamente mediante la Directiva de 1992, por ejemplo, en permiso por maternidad, citas médicas de control, protección contra el despido, etc... En últimas, la finalidad de su protección es el contacto directo entre el recién nacido y sus padres, así como el evitar la exposición de la mujer trabajadora a cierto riesgos, por ejemplo, al plomo, a ciertos pesticidas o disolventes orgánicos que puedan afectar la leche materna y al niño ...".

¹⁴⁵ La Directiva define a las mujeres embarazadas, en su artículo 2º como : "a) trabajadora embarazada: cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales".

¹⁴⁶ Trabajadora que ha dado a luz: cualquier trabajador que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

¹⁴⁷ Trabajadora en período de lactancia: cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a dichas legislaciones y/o prácticas nacionales.

enumeradas en el anexo II, sección A, y, en el caso de las trabajadoras en período de lactancia, a las condiciones enumeradas en el anexo II, sección B¹⁴⁸.

De igual manera, la Directiva, señala que el permiso de maternidad debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes o después del parto, de las cuales dos semanas obligatoriamente antes de la fecha prevista del parto.

2.3. ÁMBITO DE APLICACIÓN

A pesar de la interpretación sesgada a que pudiera conducir la mera literalidad de su rúbrica (“Protección a la maternidad”, que parece circunscribirse meramente a la maternidad strictu sensu, como situación consumada, como condición de la mujer que ya es madre, por haber dado a luz a su hijo), del contenido del artículo 26 de la LPRL, se infiere que dicha protección por maternidad, se extiende mucho más allá, a una consideración dinámica de la maternidad (como proceso que se inicia con la gestación, desemboca en el parto y continúa con la lactancia del hijo recién nacido).

De manera análoga como lo hace la Directiva 92/85/CEE, se refiere entonces, a las trabajadoras en situación de embarazo o parto reciente; el mismo artículo 26 de la LPRL, hace referencia también al feto, y al periodo de lactancia, aludiendo a la salud de la mujer y del hijo¹⁴⁹.

¹⁴⁸ Anexo II:

- a) Las sustancias etiquetadas R 40, R 45, R 46 y R 47 por la Directiva 67/548/CEE, en la medida en que no figuren todavía en el Anexo II;
- b) Los agentes químicos que figuran en el Anexo I de la Directiva 90/394/CEE ;
- c) Mercurio y derivados;
- d) Medicamentos antimotóricos;
- e) Monóxido de carbono;
- f) Agentes químicos peligrosos de penetración cutánea formal.

¹⁴⁹ Garrigues Giménez, A., “La Maternidad y su Consideración Jurídico-Laboral y de Seguridad Social”, Ed. Colección de Estudios CES, Madrid, 2004, págs..52-53

“... Se concluye una vez más, del análisis de la Directiva 92/85/CE, que la finalidad del legislador no es otra diferente a la de tutelar la salud de la mujer embarazada durante todo el proceso de maternidad, y aún después de él, incluyendo la salud del recién nacido ...”.

Se supera así la restrictiva concepción que antaño protegiera a la mujer en tanto “sexo débil”, para protegerla ahora en su dimensión biológico-generativa y brindándole una protección integral tanto a la mujer trabajadora, y madre como a su hijo¹⁵⁰.

En un estudio realizado en más de ciento cincuenta y dos países, en 1998, por la Organización Internacional del Trabajo OIT, sobre la protección por maternidad, la mayoría de ellos, establecían la exigencia de un periodo de descanso obligatorio, particularmente después del parto, cuya duración era mayoritariamente de seis semanas. La finalidad de este periodo obligatorio mínimo parece responder a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa¹⁵¹.

A efectos de la prestación por maternidad se consideran protegidas durante los periodos de descanso las situaciones de maternidad, adopción y acogimiento familiar tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas, siempre que su duración no sea inferior a un año, y tanto de menores de seis años como de mayores de seis años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 2 num.1 literal a. del Real Decreto 295/2009)¹⁵².

¹⁵⁰ La Ley de Prevención de Riesgos tiene por objeto la promoción de la mejora de las condiciones de trabajo para elevar el nivel de protección de la salud y seguridad de los trabajadores. En el caso concreto de la protección por maternidad, la LPRL propugna asegurar una protección suficiente y adaptada a las circunstancias de mujeres en situación de maternidad, y trabajadores especialmente sensibles, protección que en el caso de las madres trabajadoras, abarca una protección integral tanto para ella, como para el menor. (García Ninet, J.I., y Vicente Palacio, A., “Acción Preventiva en los colectivos especialmente protegidos” Ed. Altier, Barcelona, 2002, pág. 218.).

¹⁵¹ Molero Manglano C. “Participación Laboral y Democracia Económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

¹⁵² Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

También se considera situación protegida la constitución de tutela sobre menor por designación de persona física cuando el tutor sea un familiar que legalmente no pueda adoptar al menor¹⁵³.

2.4. BENEFICIARIOS.

En cuanto al subsidio de maternidad que se percibe durante el tiempo de suspensión del contrato de trabajo producido por el hecho de la maternidad, la adopción o el acogimiento, el mismo es aplicable a todos los regímenes del Sistema de Seguridad Social, y puede ser disfrutado por el padre y por la madre, distribuyéndose su duración, así como disfrutarlo a tiempo parcial, aspectos que abordaremos con posterioridad¹⁵⁴.

Este aspecto de los beneficiarios del subsidio por maternidad, se regula en el Real Decreto 295/2009, en su artículo 3, Capítulo II, en el que hace mención a los mismos y destaca que:

“Art. 2: Situaciones protegidas. A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento familiar, tanto preadoptivo como permanente o simple, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1995, de 24 de marzo y durante los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público”.

En este sentido, véase también:

Sánchez-Urán Azaña, Y., “Seguridad Social y Constitución”, Ed. Civitas, Madrid, 1995, págs. 27 y ss.

¹⁵³ Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariiega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora supuestos más significativos y puntos críticos”, En: “Mujer, trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 292 y ss.

¹⁵⁴ Véase en este sentido a:

Tortuero Plaza, J.L. “Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa”, AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999, págs. 19 y ss.

“Serán beneficiarios del subsidio por maternidad los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, incluidos en el ámbito de aplicación de este capítulo, que disfruten de los descansos o permisos referidos en el artículo 2”.

a) Trabajadores autónomos.

En los últimos años la legislación española ha equiparado los derechos de los trabajadores autónomos con los de los trabajadores por cuenta ajena en materia de prestaciones por maternidad y paternidad. Por ello, las trabajadoras autónomas pueden disfrutar de la baja por maternidad cobrando durante este periodo de descanso un subsidio o prestación por maternidad, en las mismas condiciones que las trabajadoras por cuenta ajena.

Las mujeres trabajadoras inscritas en el Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social tienen derecho a recibir la prestación por maternidad. Para ello deben estar dadas de alta, al corriente del pago de las cuotas a la Seguridad Social y deben acreditar una cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción o el acogimiento familiar, o 360 días en toda la vida laboral¹⁵⁵.

Es preciso recordar, que las trabajadoras autónomas podrán optar por disfrutar del descanso por maternidad a tiempo parcial, pero la percepción del subsidio y la reducción de la actividad sólo podrá efectuarse en el porcentaje del cincuenta por cien. Para el reconocimiento de esta modalidad de percepción de subsidio y correspondiente disfrute del permiso, los interesados deberán comunicar a la

¹⁵⁵ Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant lo Blanch, pág. 103 y ss, Valencia, 1999.

“... Si la madre es menor de 26 años estas cifras se reducen a 90 y 180 días respectivamente, mientras que si tiene menos de 21 años no se le exige periodo mínimo de cotización ...”.

Entidad gestora, al solicitar la prestación, qué progenitor, adoptante o acogedor va a disfrutar el permiso y si lo efectuará de forma simultánea o sucesiva.

A manera de conclusión, se puede observar claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

Así mismo, y respecto a lo que a beneficiarios de la prestación se refiere, tanto en casos de adopción, acogimiento, como de maternidad biológica, es posible un disfrute conjunto del periodo de descanso y en su caso de la prestación. Dicho descanso puede ser simultáneo (ambos progenitores al mismo tiempo), o sucesivo (un progenitor tras el otro), pero siempre ininterrumpido y sin que se superen las dieciséis semanas (exceptuándose casos de parto, adopción y acogimiento múltiples)¹⁵⁶. Se puede decir entonces, que la maternidad fomenta la participación paterna a en las responsabilidades familiares, siempre en procura de la protección y el bienestar del recién nacido.

b) Trabajadores por cuenta ajena.

Como ya se ha mencionado anteriormente, en este colectivo de trabajadores, se encuentran aquellos subordinados, que sin duda alguna, están llamados a hacer efectivo su derecho a esta prestación, con el cumplimiento de los requisitos establecidos legalmente, y con la opción del disfrute simultáneo o sucesivo, que se expuso en el apartado anterior.

¹⁵⁶Las trabajadoras beneficiarias por maternidad, tendrán derecho, en caso de parto múltiple, a un subsidio especial por cada hijo, a partir del segundo, igual al que le corresponda percibir por el primero, durante el periodo de descanso obligatorio” (RD Ley 1/2000) Este RD Ley protege no solo a la madre biológica sino también a la madre adoptante, o por acogimiento, múltiples.

En este caso, la existencia de un contrato de trabajo, da lugar a la suspensión del mismo, que, como subordinado o trabajador por cuenta ajena, le asegura gozar del fuero o protección contra el despido, y así mismo le garantiza su reincorporación al puesto de trabajo, excedencias y demás, a que haya lugar por el hecho de la maternidad. En estos casos de vinculación laboral subordinada, y en aplicación del art. 3 Capítulo II, del RD 295/2009, se incluye tanto a la madre como al padre, como beneficiarios de la contingencia por maternidad, en este último caso, y como exponemos a continuación, a opción de la madre.

c) Derecho de opción de la madre.

El primer requisito para ser beneficiarios del subsidio por maternidad, como ya se dijo con anterioridad, es ser trabajador por cuenta ajena, o por cuenta propia, cualquiera que sea su sexo, y entonces, cabe pensar en la existencia de una total igualdad entre el padre y la madre, como beneficiarios, lo que en realidad es una impresión errónea, ya que el derecho del padre aparece limitado por diversos factores entre los cuales se destaca el hecho de ser la madre quien puede optar cuando reúna los requisitos del art. 133 LGSS porque el padre disfrute de hasta diez de las semanas de suspensión; limitándose el ejercicio del derecho del padre, como beneficiario de esta prestación, al cumplimiento de dos supuestos, que son:

- A) Que la madre le ceda el derecho a las citadas semanas al padre, bastando para ello, con que el padre esté afiliado, y en alta o situación asimilada al alta.

- B) Que fallezca la madre ya sea durante el parto o con posterioridad, siempre que queden semanas de descanso. Ante el fallecimiento de la madre, la efectividad del derecho a esta prestación para el padre, comenzará desde la fecha del inicio de la suspensión laboral.

Tal posibilidad de opción materna, indicada en el anterior literal A), esta sujeta a una serie de límites importantes a tenor del art. 48.e ET:

- a) Que ambos progenitores trabajen.
- b) Que la madre disfrute obligatoriamente de las seis semanas posteriores al parto¹⁵⁷.
- c) Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad.
- d) Que el disfrute paterno sea siempre posterior al parto
- e) Que la incorporación de la mujer al trabajo no suponga un riesgo para su salud.
- f) Que sea un disfrute ininterrumpido en si mismo respecto del previo disfrute materno.

En cuanto a la otra posibilidad del disfrute paterno, a la que se ha hecho referencia en el literal B (en caso del fallecimiento de la madre), también el padre ocupa una posición subordinada, pues se requiere que la madre beneficiaria fallezca¹⁵⁸. En estos casos, el padre podrá llegar a tener derecho a una prestación por todo el periodo de 16 semanas, o del periodo de suspensión que reste.

¹⁵⁷ Gorelli Hernández, J., Igartua Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el embarazo”, Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002, págs. 26 y ss.:

“... Las normas protectoras de la maternidad han ido evolucionando desde la perspectiva del bien protegido, de una regulación básicamente dirigida a proteger la integridad física de la madre se ha pasado a una regulación fundamentalmente volcada sobre la protección del hijo. Sin embargo, esta realidad no es contradictoria con el hecho de que la normativa vigente sigue conteniendo diversas normas, normas dirigidas a proteger a la trabajadora. La obligatoriedad del disfrute materno de estas seis semanas es la principal de estas reglas, configurando así, una regulación que obedece a diversos objetivos ...”.

¹⁵⁸ No habrá lugar a la suspensión, cuando la madre no tenga derecho a la protección, por no trabajar.

En cuanto al literal c) anterior, que señala “Que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso por maternidad” al respecto, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, con fecha 20 de febrero de 2008¹⁵⁹, señala que a pesar de que la declaración en la que la trabajadora cede algunas semanas a su cónyuge se haya presentado ante el INSS, una vez iniciado el período de descanso compartido, como sucede en el caso de la mencionada Sentencia, esta extemporaneidad en tal trámite, no es causal suficiente para la denegación del derecho a favor del padre del menor.

Debemos entonces recordar que el precepto objeto de estudio fue introducido en el Estatuto de los Trabajadores por la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, con la que se pretendía completar la transposición a la legislación española de las directrices marcadas por la normativa internacional y comunitaria, superando los niveles mínimos de protección previstos en las mismas, tal y como reza su exposición de motivos.

Pues bien, una de esas normas es la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio de 1996, relativa al acuerdo marco sobre el permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES. En el apartado 3 de la cláusula 2 de ese Acuerdo Marco sobre Permiso Parental se dice lo siguiente: “Los Estados miembros y/o los interlocutores sociales podrán en particular:

¹⁵⁹ En el caso expuesto, y resuelto por el TS de Valencia, el INSS denegó la prestación a favor del padre, por considerar que la madre presentó la declaración de cesión de semanas de descanso a favor del otro progenitor en forma extemporánea, señalando que tal declaración debe presentarse antes de iniciar el disfrute del descanso compartido, y no como lo hizo la madre en el caso ad iudice, cuando ya se había iniciado tal periodo, a lo cual, el Tribunal Supremo, responde, manifestando que:

“La opción de la madre por compartir con el padre “el descanso” posterior al parto debe expresarse al iniciarse tal periodo, lo que desde un punto de vista estrictamente laboral - entendiéndose por tal la relación empresario/trabajador- tiene sentido y se justifica por las necesidades organizativas que tienen las empresas de conocer los recursos humanos con que cuentan en un determinado momento, pues, evidentemente a estos efectos, no es lo mismo que la trabajadora se reincorpore a su puesto de trabajo a la sexta semana del parto o que lo haga al decimosexta, como tampoco lo es que el trabajador varón pueda disfrutar de hasta diez semanas de descanso por el nacimiento de su hijo”. (Sentencia EDJ 2008/54835 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 20-2-2008, nº 496/2008, rec. 689/2007.).

“...d) Fijar los períodos de preaviso que debe dar al empresario el trabajador que ejerza su derecho de permiso parental, precisando el inicio y el final del período del permiso;

e) Definir las circunstancias en que el empresario, previa consulta con arreglo a la legislación, los convenios colectivos y los usos nacionales, estará autorizado a posponer la concesión del permiso parental por motivos justificables relacionados con el funcionamiento de la empresa (por ejemplo, si el trabajo es de tipo estacional, si no se puede encontrar un sustituto durante el período objeto del permiso, si una proporción significativa de la mano de obra solicita al mismo tiempo un permiso parental, si una función determinada es de importancia estratégica). Cualquier dificultad resultante de la aplicación de esta disposición deberá resolverse conforme a la legislación, a los convenios colectivos y a los usos nacionales”.

El texto del precepto transcrito, refuerza la idea de que la exigencia del artículo 48.4 de que la opción se realice al iniciarse el periodo de descanso, entronca con la necesidad de compatibilizar el ejercicio del derecho del trabajador con las necesidades organizativas de la empresa. Pero lo que no resulta asumible, es hacer depender el nacimiento del derecho al subsidio de maternidad del cumplimiento de un requisito estrictamente laboral y que nada tiene que ver con el régimen de prestaciones que diseña el ordenamiento jurídico.

En efecto, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 133 bis de la LGSS, las situaciones protegidas con este subsidio son “la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto pre adoptivo como permanente, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfrute de acuerdo con lo previsto en el número 4 del artículo 48 del texto refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Ley General de la Seguridad Social. Artículo 133 bis:

Situaciones protegidas: A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta Sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción y el acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, y aunque dichos acogimientos sean provisionales, durante los períodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real

Es decir, que lo realmente importante para tener derecho al percibo del subsidio, es que el beneficiario se encuentre disfrutando del periodo de descanso reconocido en el artículo 48.4 del ET, pues durante ese periodo el contrato de trabajo está suspendido (ex art. 45.1 d), con la lógica consecuencia de que el trabajador no está percibiendo su salario (art. 45.2 ET). Por tanto, si la situación protegida se ha producido y el padre está disfrutando del descanso, no existe razón alguna para denegarle el derecho a la percepción del subsidio, a pesar de que la madre hubiera manifestado su opción una vez iniciado el periodo de descanso.

Entendemos que esta interpretación aparece reforzada en el texto vigente del artículo 48.4 del ET, tras la reforma introducida por la L.O. 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, pues ahora el simple hecho de que la madre no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones, hace surgir automáticamente y sin expresión de opción alguna, el derecho del padre a suspender su contrato de trabajo por el periodo que hubiere correspondido a la madre, en términos similares a lo que ya se establecía para los supuestos de fallecimiento de la madre.

Por su parte, el artículo 2 del RD 295/2009, señala que:

“Cuando el periodo de descanso por maternidad, adopción o acogimiento, sea disfrutado, simultánea o sucesivamente, por los dos progenitores, adoptantes o acogedores, tendrán ambos la condición de beneficiarios del subsidio, siempre que reúnan de forma independiente los requisitos exigidos”.

Así mismo, y respecto a la opción del disfrute compartido entre ambos progenitores, opción ésta que se aplica o no, según el criterio de la madre, y el cumplimiento de los requisitos legales para tal fin, es de anotar, que si la madre

Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, y en el artículo 30.3 de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, de Medidas para la reforma de la función pública.

es trabajadora por cuenta propia, no hay lugar al disfrute compartido, ya que uno de los requisitos para que el padre, pueda disfrutar del descanso por maternidad, es el de ser trabajadora por cuenta ajena.

En este orden de ideas, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su Sentencia de fecha 12 de diciembre de 2008¹⁶¹, señala que el demandante no puede recibir por cesión, un derecho que la madre no tiene (derecho al disfrute del descanso por maternidad) y no lo tiene no por su condición de mujer, sino por no tener la condición de trabajadora por cuenta ajena.

Así pues la decisión sobre la opción nada tiene que ver con el sexo de la persona que tiene el derecho y puede por decisión legal transmitirlo al marido en las condiciones que legalmente se establecen, sino que la decisión deriva de la naturaleza de su condición de trabajador autónomo y no por cuenta ajena. Es decir que no hay lugar a discriminación alguna, como lo pretende hacer notar el actor en el caso ad-judice¹⁶².

La legalidad vigente parte de dos supuestos perfectamente diferentes en razón de que la madre sea trabajadora autónoma o no y ello nada tiene que ver, como ya se ha señalado como antecedente anterior, con la circunstancia del sexo de la depositaria del derecho que es igualmente el de mujer, sino con la distinta naturaleza de su relación de trabajo, distinta naturaleza que implica una normativa

¹⁶¹ En esta Sentencia, se desestima el Recurso de Suplicación interpuesto, por el trabajador demandante contra Sentencia que desestimó su demanda instaurada frente a la empresa demandada y que declaró que no se había producido infracción alguna del derecho fundamental a la igualdad y no discriminación por razón del sexo, al no poder disfrutar de parte del permiso de descanso por maternidad como padre.

La Sala manifiesta que no se ha vulnerado derecho fundamental alguno, ya que la madre es trabajadora por cuenta propia, siendo uno de los requisitos para acceder al permiso por paternidad solicitado por el actor, que su esposa fuera trabajadora por cuenta ajena, pudiendo en este caso solicitar su derecho a la suspensión de su contrato de trabajo por maternidad, o cederlo a favor del padre. El demandante no puede recibir por cesión un derecho que la madre no tiene al ser trabajadora por cuenta propia. (Sentencia EDJ 2011/46880 Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo nº 2, Madrid, S 11-2-2011, nº 33/2011, rec. 85/2010).

¹⁶² La Sentencia del TC 3/2007 indica que no puede apreciarse la existencia de la discriminación por razón de sexo siquiera la indirecta, a menos que haya un tratamiento jurídico diferenciado que tenga su origen o motivación en su sexo, o que haya un tratamiento supuestamente neutro del que pueda derivarse en razón de diversas circunstancias fácticas que se den entre trabajadores (Sentencia TC 3/2007).

de derechos y obligaciones perfectamente diferenciadas desde el punto de vista legal¹⁶³.

2.5. FINALIDAD.

A partir de aquí, cabe plantearse, cual es la situación de necesidad a la que el legislador ha decidido ofrecer la protección del sistema de Seguridad Social.

La doctrina suele afirmar que la actual configuración de la protección por maternidad protege una situación de necesidad de naturaleza compleja, en la que se toman en consideración una multiplicidad de necesidades dignas de protección legal.

Tales necesidades las podemos sintetizar en la prestación económica, que sin lugar a dudas, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilitar durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.¹⁶⁴

¹⁶³ Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

¹⁶⁴ García Ortuño, F., "Seguros Privados y Seguridad Social", Ed. MTSS, Madrid, 1975, págs. 17 a 29. *"... El objeto de cobertura es la contingencia que se presume productora de un exceso de gastos o defecto de ingresos. Así, contingencia y daño patrimonial, indisolublemente unidos, componen el objeto de protección de la Seguridad Social, y a ambos ha de entenderse hecha la referencia del art. 41 CE a las "situaciones de necesidad"*.

En el mismo sentido véase también:

Alarcón Caracuel, M.R., "La Seguridad Social en España", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999, pág. 18 y ss.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, 1998, págs. 26 y ss.

Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa¹⁶⁵.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones¹⁶⁶.

La protección por la maternidad como consta, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la

“... Entre unas y otras disposiciones quedan, ampliamente reflejadas en la legislación nacional que protege la salud de las mujeres empleadas antes y después del parto. Las disposiciones de la legislación nacional suelen dividirse en tres categorías principales. La primera se refiere a la protección de la maternidad per se, generalmente a través de la concesión de permisos, de prestaciones en dinero y de prestaciones médicas, así como por el fortalecimiento de la seguridad en el empleo ...”.

¹⁶⁵ García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi S.A., Pamplona 2008, págs. 32 y ss.

¹⁶⁶ Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004 (TJCE 2004, 69) (asunto Merino Gómez), Importante sentencia del TC, que parte de su conocido corolario de considerar la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que cualquier perjuicio en éstos causado por el embarazo o la maternidad constituye discriminación directa por razón de sexo, y señala también que cualquier trabajadora ha de poder disfrutar de sus vacaciones anuales en un período distinto al de su permiso de maternidad, incluso cuando al servirse de tal permiso se haya superado la fecha límite para el disfrute de las vacaciones; y en el mismo sentido; Reiteran criterios, las Sentencias SSTC 17/2003, de 30 de enero (RTC 2003, 17) (fj 3); y 182/2005, de 4 de julio (RTC 2005, 182) (fj 4); y 214/2006, de 3 de julio (RTC 2006, 214) (fj 2).

madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca¹⁶⁷.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”¹⁶⁸, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad¹⁶⁹.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres caracteres, que son:

¹⁶⁷ Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 2002, pág. 257.

“... Es en el descanso por maternidad donde ambos sectores del ordenamiento, laboral y de seguridad social, van a actuar de forma coordinada. De un lado recogiendo la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo y fijando su duración máxima, a través de la determinación temporal del citado descanso, y de otro articulando el mecanismo protector necesario respecto de las prestaciones sanitarias y económicas a ser otorgadas por los sistemas de salud y de seguridad social ...”.

¹⁶⁸ Portugal Barriuso, R., “Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales”, Ed. La Ley, pág. 130, 1997;

Al respecto señala que “por naturaleza”, según prefiere denominarla un sector de la doctrina, que se encarga de poner de relieve, como el que el art. 133 bis, hable de maternidad y no de parto como lo hace el art. 48 del ET, quizás responda a la necesidad de incluir entre las situaciones protegidas, el descanso que tiene lugar cuando aún no existe el hecho del alumbramiento, además de aquellos otros supuestos de maternidad, que la medicina permite, sin que sea imprescindible el parto, propiamente dicho,. Pero la utilidad del término maternidad no debe llevar a la conclusión equivocada de que se protege algo más que el alumbramiento, como por ejemplo el embarazo, ya que si así fuera, el descanso por maternidad podría comenzar no la décima o duodécima semana previas al parto, sino en cualquier momento.

¹⁶⁹ Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” En: “Actualidad Laboral” número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993, págs. 8 a 22.

“... El Sistema de Seguridad Social no elimina todas las situaciones de necesidad, porque tampoco está diseñado con esa intención. Los poderes públicos deben procurar al individuo los medios para que pueda conseguir por sí mismo los recursos necesarios para su subsistencia, y, en su caso, han de proporcionar la adecuada tutela cuando acredite encontrarse en situación de necesidad. Pero esa tutela puede provenir del Sistema de Seguridad Social o de cualquier otro mecanismo público ...”.

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es *“la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”*.¹⁷⁰

- B) El segundo carácter es una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, tiene un importante enfoque en la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el

¹⁷⁰ Gorelli Hernández J. , Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, págs.. 13- 16.

*Juan Gorelli Hernández : Profesor Titular de Universidad, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla.

* María Teresa Igaruta Miró: Profesor Titular de Universidad. Area de Conocimiento: Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad de Sevilla

descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

- C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

Respecto a la prestación de carácter económico, la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de fecha 29 de octubre de 2009, señala que la trabajadora cuenta con dos acciones judiciales para hacer valer su derecho a la preservación de su puesto de trabajo, y tales acciones son la Acción de nulidad y readmisión, y la acción indemnizatoria, cada una de ellas con un plazo de caducidad diferente¹⁷¹, pero ambas tendientes a garantizar la tutela judicial eficaz y efectiva de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz, en periodo de lactancia, en términos de terminación unilateral e injustificada del contrato de trabajo¹⁷².

¹⁷¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“La trabajadora tiene dos meses para solicitar al empresario la continuación de las relaciones de trabajo y, si no ha invocado dentro de es plazo la nulidad de su despido y solicitado la continuación de las relaciones de trabajo tiene derecho a las indemnizaciones por cese y además podrá ejercer la acción indemnizatoria”*.

¹⁷² Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, Ponente: Caoimh, Ó, *“... Las exigencias de equivalencia y de efectividad expresan la obligación general a cargo de los Estados miembros de garantizar la tutela judicial de los derechos que los justiciables deducen del Derecho Comunitario...” “Los artículos 10 y 12 de la Directiva 92/85, en principio, no se oponen a que un legislador nacional prevea, para las trabajadoras embarazada, que hayan dado a luz o en periodo de lactancia que resulten despedida, una acción judicial específica supeditada al cumplimiento de unos plazos fijados con antelación ...”*.

En el caso de los padres, la finalidad de este descanso remunerado que implica la licencia por maternidad, es la de asimilar la inserción de un nuevo integrante al núcleo familiar, y hasta cierto punto el rol de padre que se empieza a desarrollar, esto en caso tanto de maternidad biológica, como de maternidad por adopción y acogimiento familiar. Así mismo, la finalidad tiene un matiz proteccionista y de apoyo a la madre en el desarrollo de su nuevo rol.

El caso español es destacable por el hecho de establecer la posibilidad de transferencia al padre de hasta 10 de las 16 semanas de la licencia por maternidad, bajo una argumentación de igualdad de oportunidades¹⁷³.

En conclusión, la finalidad del permiso por maternidad no es otra que la protección de la familia como núcleo social, de la madre y el recién nacido en el restablecimiento de la salud de la primera y en la inserción del menor a su familia, tanto en casos de maternidad biológica como adoptiva, y en casos de acogimiento familiar. Esto sin dejar de lado, la protección no menos importante del puesto de trabajo y la sustitución de las rentas salariales, que proporciona el Estado para que la madre pueda disfrutar del descanso remunerado, sin preocuparse por su estabilidad laboral, ni por su sustento económico durante ese periodo de tiempo, respaldando tal derecho, a través de los mecanismos de tutela judicial efectiva, mediante la acción de nulidad del despido y readmisión, y la acción indemnizatoria.

Conviene ahora señalar, que tal finalidad del descanso remunerado por maternidad en la legislación española, se divide en dos partes:

¹⁷³ Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743), entiende que cuando muere la madre, el padre tiene derecho a disfrutar de las seis semanas posteriores al parto, pero no de las dieciséis semanas, sin que exista discriminación alguna pues este período está contemplado respecto a la situación de la mujer, en cuanto al restablecimiento de su salud.

a) El descanso obligatorio.

Tal y como se ha expresado anteriormente, el art. 48.4 E.T. párrafo 2, contiene la regulación actual del periodo obligatorio de la licencia. En el citado precepto se establece el carácter de obligatoriedad del descanso en de las seis semanas posteriores al parto¹⁷⁴, señalándolo de forma imperativa, *“sin perjuicio de las seis semanas inmediatas posteriores al parto, de descanso obligatorio para la madre...”*

De igual manera, el período obligatorio de la licencia se regula en el Convenio número 183 de la OIT de fecha 15 de mayo de 2000, que en su artículo 4.3 establece la previsión del descanso obligatorio, *“Teniendo debidamente en cuenta la necesidad de proteger la salud de la madre y el hijo, la licencia por maternidad, incluirá un periodo de seis semanas de licencia obligatoria posterior al parto...”*¹⁷⁵

¹⁷⁴ Gonzalo González. B.: “La Seguridad Social de las Mujeres en España: Problemas de seguridad y de Injusticia Material”, Tribuna Social núm. 48, 1994, págs.. 46 y ss.:

“El origen de la protección referida al descanso obligatorio, se encuentra en la Ley de Contratos de Trabajo de 1944, que reconocía a la mujer embarazada, cuando entrase en el octavo mes, el derecho a abandonar el trabajo siempre que se presentase certificación médica que estableciese que el alumbramiento se producirá aproximadamente en seis semanas y no se reintegraba en el puesto hasta que transcurrieran por lo menos, otras seis semanas después del parto. El artículo 25 de la Ley de Relaciones de 8 de abril de 1976, amplió el período de suspensión del contrato.

El Decreto 3158/66 de 23 de diciembre, que aprobó el Reglamento General de Prestaciones Económicas, en los artículos 7 y 8, distinguía el período de descanso como voluntario y obligatorio, dependiendo de la prescripción del médico, si bien no se podía incorporar al trabajo, la mujer hasta que transcurriesen seis semanas después del parto.

En esta línea la primitiva redacción del artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores reguló el descanso como una suspensión del contrato, estableciendo, el artículo 48 una duración máxima de catorce semanas. Posteriormente la Ley 3/89 amplió el período a dieciséis semanas si era parto simple u dieciocho si era un parto múltiple. Mientras tanto, a efectos de Seguridad Social, continuaba siendo una incapacidad laboral transitoria, en las que se identificaban como descanso obligatorio las seis semanas posteriores al parto (Orden de 13 de octubre de 1967)...”.

¹⁷⁵ OIT: “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 1997;

“... En muchos países la legislación prevé una licencia obligatoria después del parto de acuerdo con los términos del Convenio núm. 103. La duración de esa licencia es de seis semanas en Arabia Saudita, Australia (Victoria), Bangladesh, Belice, Bostwana, Burundí, Canadá, (Alberta y Colombia Británica), República Centroafricana, Colombia, República Democrática del Congo, Dominica, República Dominicana, El Salvador, España, Fiji (funcionarios), Francia, Haití, Honduras, Hungría, India, Islas Salomón, Jordania, Lesotho,

La finalidad este periodo obligatorio mínimo responde a la inquietud de evitar que se ejerzan sobre la mujer presiones de toda índole, perjudiciales para su salud, en relación con su situación financiera, el cargo que ocupa o su situación en la empresa.

La doctrina y la jurisprudencia de suplicación han considerado mayoritariamente que el descanso obligatorio es aquel que impone un límite a la autonomía de la voluntad, en orden a la distribución de los periodos de disfrute de permiso por maternidad. Este límite consiste en que seis semanas se disfrutarán inmediatamente después del parto, sin que la mujer pueda decidir su disfrute en un momento diferente¹⁷⁶.

En tal dirección se pronuncia la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 16 de mayo de 1.990, al declarar que una limitación a la autonomía de la voluntad en el período de descanso por maternidad se encuentra en que seis semanas han de ser disfrutadas necesariamente a partir de la fecha del parto, quedando a la opción o a la libre voluntad de la interesada la distribución del resto del descanso establecido.

Madagascar, Marruecos, Mauricio, Mauritania, Niger, Nigeria, Noruega, Pakistán, Paraguay, Rwanda, Senegal, Seychelles, República Unidad de Tanzania, Noruega, Togo, Turquía, y Uruguay. La duración de la licencia obligatoria después del parto es superior a seis semanas en algunos países donde la duración total de la licencia por maternidad es superior a doce semanas, en algunos de ellos de maneta notoria. Tal es el caso Chipre (siete semanas), en Alemania, Austria, Bélgica, Brasil, Chad, Gabón, Guinea, Luxemburgo, Japón, Nicaragua, Panamá, Países Bajos y Sudáfrica (ocho semanas). En Suiza la prohibición de emplear a la mujer, que concierne únicamente al periodo que sigue al nacimiento, abarca también ocho semanas. Ese periodo es de diez semanas en Ecuador, doce en Chile y tres meses en Costa Rica. La duración de la licencia obligatoria después del parto es un cambio inferior a seis semanas en varios países: dos semanas en Dinamarca y el Reino Unido; cuatro semanas en Bahamas, Malí, Uganda, Singapur, Sri Lanka; 30 días en Guinea Bissau, Libano, Jamahiriya, Árabe, Libia y Santo Tomé y Príncipe ...”.

¹⁷⁶ Escudero Rodríguez, R., “La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros”, Relaciones Laborales número 11, 1989, pág. 1153.

Chacártegui Jávega, C., “La Exclusión de la Maternidad de la contingencia de la Incapacidad temporal”, en AAVV: La incapacidad temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996, pág. 202.

Resulta aún más explícita la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja, de 11 de mayo de 1.992¹⁷⁷, que literalmente establece que “... *la única limitación a la autonomía de la voluntad de la trabajadora, es la de que seis semanas de las dieciséis establecidas han de ser necesariamente disfrutadas a partir de la fecha del parto, quedando a la libre opción de la interesada, la distribución del resto del periodo de descanso establecido, ya antes o después del parto.*”

En caso de parto múltiple, la trabajadora debe igualmente disfrutar de un descanso puerperal obligatorio de seis semanas¹⁷⁸

Ahora bien, es importante mencionar que además de la existencia y relevancia que se le atribuye al descanso obligatorio posterior al parto, también se ha encontrado, que se ha discutido la posibilidad de que se reconozca a la trabajadora un descanso previo al alumbramiento, y aunque en la legislación española no aparece reconocido tal descanso prenatal como obligatorio, es primordial tener en cuenta su posibilidad en este estudio.

Si bien la mayoría de las legislaciones nacionales no reconocen este descanso, el mismo tendría una duración inferior a la del descanso posnatal obligatorio al que se hacía mención anteriormente, y su finalidad no sería otra que la de garantizar a la mujer un descanso previo al parto, evitando los perjuicios que pudiera ocasionarle trabajar hasta aquel momento (habitualmente la propia trabajadora opta por disfrutar del descanso remunerado después del parto).

Las preferencias actuales de las trabajadoras no coinciden plenamente con las políticas sanitarias, que se interesan sobre todo por evitar las importantes

¹⁷⁷ Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485)

¹⁷⁸ Chacártegui Jávega, C. “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, pág. 202. ed. Tecnos, Madrid 1996, y también :
La Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS 1992/2485):
“... *Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de un descanso puerperal de seis semanas pudiendo distribuir a su opción las otras doce de forma ininterrumpida hasta completar el máximo establecido e incluso reducir este periodo suspensivo dado su carácter voluntario ...*”.

repercusiones económicas de los problemas de salud derivados de un nacimiento prematuro. Por su parte, el legislador trata de encontrar el equilibrio necesario entre las preocupaciones sanitarias y las expectativas y preferencias de las mujeres, por lo cual, las legislaciones nacionales, intentan desarrollar marcadas tendencias a que sea la mujer a elección personal quien distribuya el disfrute de la licencia, antes y después del parto¹⁷⁹.

Pero no es posible hoy día, y a pesar de los intentos legislativos fallidos, prever la aprobación de una licencia prenatal obligatoria en el ordenamiento laboral español, aunque su existencia haya sido una cuestión enormemente debatida doctrinal y jurisprudencialmente hasta bien entrada la década de los noventa.

La doctrina se cuestionaba sobre si la alteración de la salud de la trabajadora producida las diez o doce semanas antes del parto, se consideraba una situación de incapacidad temporal o una situación específica de maternidad que absorbería parte de la duración total de la licencia.

Cuando a partir de 1990, los Tribunales enjuiciaron estas cuestiones, establecieron que la alteración de la salud de la trabajadora durante el referido periodo, tanto si derivaba del embarazo como de una enfermedad común, daría lugar a la protección por incapacidad temporal o a la específica de maternidad. Los Tribunales basaron sus resoluciones fundamentalmente en que la facultad de distribución del permiso tan sólo corresponde a la beneficiaria, con la única limitación del carácter ininterrumpido del permiso y la obligatoriedad de un descanso de seis semanas después del parto¹⁸⁰.

¹⁷⁹ Almansa Pastor, J.M., "Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad" Revista ISS núm. 6, Madrid, 1991, págs. 21 y ss.

"... El legislador ha valorado qué situaciones producen un daño patrimonial a los sujetos protegidos y las ha tipificado; por tanto, son dichas situaciones dañosas las que suscitan la protección, independientemente del momento en el que acaezcan y de la naturaleza del riesgo del que provengan. Independientemente, incluso, de que realmente se produzca en cada caso concreto aquel exceso de gastos o defecto de ingresos que el legislador presume iuris et de iure ..."

¹⁸⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990, (AS 1990,2471), Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346) y también la Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de

A partir de entonces, el INSS en la Resolución de la Dirección General de Ordenación Jurídica y Entidades Colaboradoras de la Seguridad Social del 2 de septiembre de 1991, estableció el criterio siguiente: *“No cabe imposición del descanso obligatorio por maternidad antes del parto cuando se produzca una enfermedad durante las diez o doce semanas anteriores a éste, a salvo de que la trabajadora haya optado por disfrutar del periodo de descanso voluntario”*. Con posterioridad a 1991, algún pronunciamiento jurisprudencial¹⁸¹ aislado y algún sector doctrinal¹⁸² acogen el criterio contrario.

Otro argumento más, a favor de la solución mayoritariamente adoptada es la actual separación entre las prestaciones por incapacidad temporal y maternidad. La posición contraria sólo podía defenderse desde la perspectiva de que haya una sola prestación de Incapacidad Temporal, que se otorgue por diferentes situaciones y con el mismo contenido económico¹⁸³.

191 (AS 1991, 2175), en un caso de baja pro amenaza de aborto al principio del embarazo y una posterior baja por hepatitis aguda que duró varios meses y se prolongó hasta la fecha del parto.

¹⁸¹ La Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999), que sostiene que la opción de la interesada no es un derecho absoluto sino condicionado a que no precise el descanso obligatorio previo al parto, imputando al periodo de maternidad las semanas de baja anteriores al parto debidas a la necesidad de reposo por embarazo de alto riesgo.

¹⁸² Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L. *“Instituciones de Seguridad Social”*, Ed. Civitas, Madrid, 1999, pág. 255.

Blasco Lahoz, J.F., *“Curso de Seguridad Social”*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, pág. 258.

En este mismo Sánchez Rodas-Navarro, C., en *“La Maternidad como Contingencia Específica”* Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000, dice:

“... A nuestro juicio esta interpretación sigue siendo válida tras la reforma, ya que si defendemos que la maternidad no debe considerarse como una enfermedad no como un accidente, una baja motivada por trastornos derivados del embarazo ha de reconducirse a la contingencia de maternidad de tal manera que, respetándose el límite de las seis semanas posteriores al parto, ninguna norma de los convenios internacionales ratificados por España ni de Derecho Comunitario se oponen a que las restantes semanas puedan ser disfrutadas con anterioridad al parto, n bien por elección de la embarazada, bien por prescripción facultativa ...”.

¹⁸³ Gorelli Hernández, J.: *“El contenido de las prestaciones por maternidad”* en *La Incapacidad Temporal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1996, pág. 297.

En el mismo sentido, Véase:

Nuñez-Cortés Contreras, P.: *“La Licencia por maternidad de la Trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, pág.112.

De otro lado, la OIT, en su Convenio número 103, establecía en su art. 3.5 la necesidad de regular un descanso prenatal obligatorio, al declarar:

“... En caso de enfermedad que, de acuerdo con un certificado médico, sea consecuencia del embarazo, la legislación nacional, deberá prever un descanso prenatal suplementario, cuya duración máxima podrá ser fijada por la autoridad competente ...”.

Así mismo el actual Convenio núm. 183 establece en su artículo 5 lo siguiente:

“Se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia por maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o el parto. La naturaleza y la duración máxima de dicha licencia podrán ser estipuladas según lo determinen la legislación y las prácticas nacionales”.

También la Directiva 92/85 en su artículo 8.2 establece: *“El permiso de maternidad que establece el apartado 1 deberá incluir un permiso de maternidad obligatorio como mínimo de dos semanas, distribuidas antes o después del parto, con arreglo a las legislaciones o prácticas nacionales”.*

En fin, todas estas regulaciones, no son arbitrarias, sino motivadas por la concurrencia de causas patológicas derivadas del embarazo, dirigidas al cuidado de la trabajadora y de su futuro hijo¹⁸⁴.

Sin que ello signifique admitir la existencia de una licencia prenatal obligatoria, la normativa española, da cumplimiento a la normativa internacional por la vía de la protección por incapacidad temporal cuando surgen antes del parto, enfermedades derivadas del embarazo. Y es cierto que tanto el Convenio número 103, como el número 183 de la OIT, lo que pretenden es que se garantice un

¹⁸⁴ Así se pronuncia la Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323) y la Sentencia del TSJ de Galicia de 5 de enero de 1994 (RA 199).

descanso previo cuando surgen dificultades, pero deja plena libertad a las legislaciones y prácticas nacionales para fijar la manera de cumplir tal objetivo. Dicho modo en la legislación española, es el de proteger a la trabajadora, mediante la incapacidad temporal, respetando la contingencia por maternidad, que reserva intacta para el momento mismo en que la mujer, decida hacer uso de tal prestación.

b) El descanso voluntario.

Se considera “descanso voluntario”, el restante periodo de tiempo, hasta completar la duración total de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, suspensión que puede ser utilizada o no, a opción de la interesada antes o después del parto, en virtud de su autonomía al respecto¹⁸⁵. Durante el período de descanso denominado “voluntario”, la mujer puede realizar tareas no retribuidas que no pongan en peligro su salud, ni el futuro parto, sin que ello suponga una ruptura de la buena fe contractual¹⁸⁶. Si durante este período voluntario sobreviniera una incapacidad temporal, no procederá el reconocimiento de tal subsidio, salvo que se perciba la maternidad en régimen de jornada a tiempo parcial (art. 9.3 RD 1251/2001).¹⁸⁷

La fecha presumible del parto indicará la referencia temporal para la distribución del período voluntario y el obligatorio.

¹⁸⁵ Art. 3.3 del Convenio número 103 de la OIT: “El resto del periodo total (el que no tiene que ser tomado obligatoriamente después del parto), podrá ser tomado, de conformidad con lo que establezca la legislación nacional, antes de la fecha presunta del parto, después de la fecha en que expire el descanso obligatorio, o una parte antes de la primera de estas fechas y otra parte después de la segunda”

¹⁸⁶ Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).

¹⁸⁷ Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, (AS, 1999), tomo V, pág. 1165; y

Rodríguez Escanciano, S., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pág. 86.

Igualmente, se define el descanso voluntario como aquel que, no prescrito como obligatorio por el médico que preste a la beneficiaria asistencia sanitaria de la Seguridad Social, disfrute la trabajadora por propia decisión, durante un periodo de tiempo inmediatamente anterior a la fecha prevista por el médico para el parto y con un límite de seis semanas¹⁸⁸.

El período de descanso voluntario puede anteponerse al momento del parto, aunque también puede preceder al parto una incapacidad temporal¹⁸⁹. En cualquier caso, a partir de la fecha del parto procede la maternidad, y si finalizada ésta persiste la anterior situación de incapacidad temporal, se reanuda el cómputo interrumpido (art. 9.2 RD 1251/2001).

¹⁸⁸ Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

“... Art. 12. Período de descanso obligatorio. 1. En caso de maternidad se entenderá por descanso obligatorio la cesación absoluta por parte de la beneficiaria de todo trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena durante las Seis semanas inmediatamente posteriores al parto. así como el que, en su caso, prescriba el Médico que le preste asistencia sanitaria de la Seguridad Social, y que podrá alcanzar como máximo hasta seis semanas anteriores a la fecha prevista para el parto.

2 La muerte del hijo no releva a la madre de la obligación de descansar los días que faltan para completar el período obligatorio. 3. Agotado el periodo de descanso obligatorio posterior al parto, si la beneficiaria continuase necesitando asistencia sanitaria y se encontrase incapacitada para el trabajo, se le considerará en situación de incapacidad laboral transitoria debida a enfermedad común, iniciándose a partir de este momento, sin solución de continuidad el pago del subsidio correspondiente a la nueva contingencia y el cómputo para la duración de dicha situación. con absoluta independencia de los periodos de descanso por maternidad ...”.

¹⁸⁹ Corte Heredero, N., “Maternidad y Cuidado de los hijos: Su Protección en el Ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998, págs. 93 y ss.:

“... Recordemos, que la maternidad coincidía con la incapacidad temporal en algunos aspectos, pero puestos a buscar una semejanza, sólo se parecía a la enfermedad común en sus consecuencias. Efectivamente se producía una situación de necesidad caracterizada por un “exceso de gastos”, por la necesidad de asistencia sanitaria y a la vez por “defecto de ingresos”, por la imposibilidad de trabajar, que no merecía en opinión del legislador un trato privilegiado, a diferencia de lo que ocurría con los riesgos profesionales.

La ley 42/94 fue la que resolvió todo el problema de la equiparación de la maternidad a la enfermedad común, en términos de prestaciones. Así al abordar específicamente la maternidad en los artículos 133 bis y siguientes, se da respuesta a un momento histórico concreto, en el que la conciencia colectiva constata una preocupación por la situación laboral de la madre, y por ésta y el recién nacido, pero en el que además existe una necesidad y una valoración promocional de la maternidad, al garantizar la continuidad de la sociedad misma, y no pudiendo entonces, ser un obstáculo para su incorporación y mantenimiento de la mujer en el puesto de trabajo ...”.

2.6. NIVELES DE PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOL.

Como sabemos, en España, el sistema de Seguridad Social, aparece legalmente estructurado en dos niveles; el contributivo y el no contributivo¹⁹⁰.

Respecto a la preeminencia de uno u otro nivel (contributivo o no contributivo), existen diversas posturas, que propenden por el predominio del nivel no contributivo, señalando que lo realmente importante debe ser el contenido asistencial de la prestación, pero es evidente que es el nivel contributivo el que prevalece, puesto que el nivel no contributivo, es un nivel de cierre o mínimo, al que acceden de forma residual, aquellas personas que se encuentran en situación de necesidad, por carecer de unos ingresos mínimos, con independencia de cual

¹⁹⁰ Según la LGSS (art. 2.2), el sistema de Seguridad Social aparece “configurado por la acción protectora de sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Véase en este a mismo aspecto:

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 453 y ss.

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: Régimen General y Prestaciones no Contributivas”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 47 y ss.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, págs.. 27 y ss, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

Alonso Olea, M., “Las Prestaciones Sanitarias de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994, págs. 36-39. “... El sujeto comprendido en la modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, a diferencia del beneficiario de asistencia social, o de prestaciones no contributivas, se encuentra perfectamente determinado, prescindiendo de eventuales incumplimientos de obligaciones formales; en este último caso, no obstante, el sujeto está incluido materialmente en el Sistema por imperativo legal.

El ámbito subjetivo del Sistema de Seguridad Social no comprende a todos los ciudadanos, y ni siquiera a todos los ciudadanos que acrediten encontrarse en estado de necesidad. Es evidente que las prestaciones no contributivas constituyeron un progreso respecto de la situación anterior, ampliando el campo de aplicación del Sistema más allá de la contributividad imperante hasta entonces. Pero se constata sin dificultad que esa clase de prestaciones no ha culminado el proceso de universalización. Por un lado, las pensiones no contributivas no protegen de todos los riesgos, sino que responden a contingencias (edad e incapacidad) ya cubiertas en la modalidad contributiva; por otro, las prestaciones familiares se centran en apoyar económicamente el exceso de gastos que generan los hijos, especialmente en sus primeros momentos de vida. Las prestaciones no contributivas, por tanto, han sido utilizadas como remedio para superar deficiencias concretas del modelo contributivo ...”.

sea el origen de su procedencia, y sin perjuicio de la existencia de un nivel complementario al sistema.¹⁹¹

Para defender esta tesis de prevalencia del nivel contributivo sobre el no contributivo, existen diversos argumentos, entre los cuales, se destaca, el hecho de que generalmente, lo primero que se busca es lucrar una prestación contributiva, y si un ciudadano no reuniera los requisitos exigidos para causar derecho a una prestación de ese nivel, como es lógico, se pondría en funcionamiento el mecanismo de la modalidad no contributiva. De modo que la propia alternativa nos da la clave para saber cuál es el nivel preponderante.

En consecuencia, se esté conforme o no, se reconoce que el nivel contributivo sigue siendo el predominante y el más importante, contrariamente a la posición doctrinal que preconiza que la preeminencia debe ser dada al factor asistencial o universalista.

Dichas modalidades, respecto al subsidio por maternidad, son procedentes, cuando se cumplan los requisitos que, para cada nivel de protección se establecen y que a continuación se analizarán.

2.6.1 Nivel contributivo.

En el nivel contributivo, las prestaciones suelen tener por función principal, la de sustituir las rentas que los sujetos protegidos venían obteniendo con su trabajo. Tales prestaciones se generan a través de dos fuentes:

¹⁹¹ Fernández Orrico, F.J.: "Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España", Ed. CES, Madrid, 2004, pág. 102.

"... El Sistema de Seguridad Social debe garantizar «la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad» (art. 41 CE), pero hasta el momento únicamente han merecido atención por el legislador, desde esa perspectiva asistencial, las contingencias que cuentan con previsión específica en la CE: familia (art. 39), salud (art. 43), minusvalía (art. 49) y vejez (art. 50). Siendo evidente que la «suficiencia» constitucional ex art. 41 «carece de un contenido y significado determinado»¹⁹¹, ha de convenirse que las lagunas resultan prácticamente estructurales en un sistema de Seguridad Social de corte contributivo, cuya expansión ha de afrontarse con cautela porque «pugnan aquí, claramente, las utópicas pretensiones universalistas absolutas con las posibilidades financieras del Sistema de Seguridad Social y del gasto del Estado Social ...».

- a) Las aportaciones públicas, (señaladas en Ley de Presupuestos Generales del Estado)¹⁹².
- b) Las aportaciones de los sujetos obligados y protegidos (estos últimos o sus familiares posteriores beneficiarios de las prestaciones)¹⁹³.

¹⁹² Ver por ejemplo la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013:

“Artículo 15: De la Seguridad Social.

Uno. La financiación de la asistencia sanitaria, a través del Presupuesto del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria, se efectuará con dos aportaciones finalistas del Estado, una para operaciones corrientes, por un importe de 205.352,63 miles de euros y otra para operaciones de capital, por un importe de 11.191,18 de euros y con cualquier otro ingreso afectado a aquella entidad, por importe estimado de 1.072,46 miles de euros.

Dos. El Estado aporta al sistema de la Seguridad Social 7.895.330,00 miles de euros para atender a la financiación de los complementos para mínimos de las pensiones de dicho sistema.

Tres. El Presupuesto del Instituto de Mayores y Servicios Sociales se financiará en el ejercicio del año 2013 con aportaciones del Estado para operaciones corrientes por un importe de 4.991.181,09 miles de euros y para operaciones de capital por un importe de 7.625,25 miles de euros, así como por cualquier otro ingreso afectado a los servicios prestados por la Entidad, por un importe estimado de 56.860,19 miles de euros.

Cuatro. La asistencia sanitaria no contributiva del Instituto Social de la Marina se financia con una aportación finalista del Estado de 3.323,39 miles de euros. Asimismo, se financiarán por aportación del Estado los servicios sociales de dicho Instituto, a través de una transferencia corriente por un importe de 13.004,44 miles de euros y de una transferencia para operaciones de capital por valor de 1.200,00 miles de euros.”

¹⁹³ Del Valle Villar, J.M. y Rabanal P.: “Derecho de la Seguridad Social” Parte general. Ed. Cinca, Madrid 2007, pág. 72 y ss

Véase también Almansa Pastor, J.M., “Derecho de la Seguridad Social vol. II. La Protección en el Régimen General, Regímenes Especiales y Proceso Especial”, Ed. Tecnos, Madrid, 1983, pág. 148 y ss.

“... En el nivel no contributivo la protección se condiciona a la producción de una contingencia de las previstas en la ley y a la concurrencia de una situación de carencia de ingresos mínimos, sin que se vinculen necesariamente como causa-efecto. En definitiva, no puede mantenerse que el objeto de protección sea la situación de pobreza, y la contingencia permanezca en un papel secundario de causa eficiente. Al contrario, el protagonismo es compartido en el núcleo del aseguramiento. Así, ambos elementos –contingencia dañosa y carencia de rentas mínimas- conformarían el objeto de cobertura ...”.

También en el mismo sentido:

San Martín Mazzucconi, C., “Delimitación jurídica del objeto de Protección de la Seguridad Social española”, Ed. RFS, Madrid, 2009, pág.5.

“... En definitiva, las situaciones de necesidad son construidas por el legislador, y éste considera que lo son las contingencias dañosas, sumadas, por lo general, a una escasez de recursos económicos. En tales casos, quienes sufran las mismas contingencias pero cuenten con rentas suficientes, no se hallarán en situación de necesidad a efectos de la protección no contributiva ...”.

La cuantía de las prestaciones contributivas varía, ya que para medirla, se tienen en cuenta las aportaciones efectuadas por los sujetos protegidos y beneficiarios, de acuerdo con una base cercana de sus rentas salariales¹⁹⁴.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder al subsidio por maternidad en el nivel de protección contributivo, se exigen el cumplimiento de los siguientes requisitos:

- 1) Estar afiliados y en alta o en situación asimilada al alta.
- 2) Cumplimiento de los períodos mínimos de cotización.

Nos disponemos ahora a abordar cada uno de esos requisitos de manera individual y detallada.

a.1) Estar afiliado y en alta o en situación asimilada al alta.

Recordemos que la afiliación a la Seguridad Social, es el acto administrativo, mediante el cual se produce la incorporación de los sujetos protegidos (trabajadores por cuenta ajena, trabajadores por cuenta propia...) al nivel contributivo del Sistema de la Seguridad Social. Se ha dicho que la afiliación constituye el título jurídico inicial para que se adquieran los derechos y surjan las obligaciones en el marco del Sistema de la Seguridad Social o que se trata del acto constitutivo de la relación aseguradora, mediante el cual se reconoce a un sujeto determinado la condición de asegurado¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Aunque en España el Sistema de Seguridad Social, suele otorgar pensiones únicamente hasta un tope máximo, que aparece regulado anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado.

¹⁹⁵ No obstante, en el nivel contributivo de la Seguridad Social, el deber de cotizar por parte de los sujetos obligados a hacerlo, nace con el alta y el acceso a las prestaciones depende de la vida laboral, que traduce el periodo de alta. Por eso se ha seguido diciendo que la afiliación no constata la posición real del sujeto

Así mismo, corresponde señalar que las situaciones asimiladas al alta¹⁹⁶ son aquellas en las que, aun no existiendo una efectiva prestación de servicios o una formal constatación del alta, el legislador da por cumplido dicho requisito en orden al acceso a las distintas prestaciones del sistema español de la Seguridad Social, persiguen paliar las lesivas y, en ocasiones, injustas consecuencias que una estricta exigencia del requisito referido pudiera ocasionar para el trabajador¹⁹⁷.

Ahora bien, las situaciones asimiladas al alta, han sido objeto de insistidas revisiones, dado el carácter interpretativo que de las mismas se tienen, por

protegido frente a la Seguridad Social, ni la situación real de las situaciones jurídicas básicas de cotización y protección.

Del Valle Villar, J.M., Rabanal P., y Ushakova, T. "Derecho de Seguridad Social", Ed. Cinca, Madrid, 2012, págs 66 y ss.

La afiliación pueden solicitarla; a) Los empresarios, puesto que para ellos es un deber legalmente establecido; b) Si el empresario incumple con el deber antes mencionado, puede solicitar la afiliación y el alta inicial, el propio trabajador por cuenta ajena o asimilado

Si no se consolida ni por el empresario, ni por el trabajador, pueden efectuarla de oficio las direcciones provinciales o sus administraciones.

¹⁹⁶ Sempere Navarro A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009, pág. 29.

Véase en el mismo sentido a Fernández Urrutia, A., "Prestaciones económicas de incapacidad temporal y maternidad" Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, págs. 33-43.

"... En esta categoría de situaciones asimiladas al alta, se recogen situaciones jurídicas a veces muy diferentes. No obstante, en muchas de las situaciones asimiladas al alta se dan unas características comunes: a) No concurren ni el alta material (trabajo efectivo) ni el alta formal (formalización del alta en la entidad gestora competente) y b) Suele darse una suspensión o una extinción del contrato de trabajo o de la actividad laboral del trabajador previamente incluido en el sistema de Seguridad Social que deberían ir seguidas de la solicitud de baja. No obstante, cabe precisar, que estos requisitos no son cumplidos en su totalidad por las situaciones asimiladas al alta, como quiera que, en algunas de ellas, el trabajador permanece formalmente en alta ...".

¹⁹⁷ Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997, págs.52-54.

Véase también en este sentido:

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La Reforma de las Pensiones de la Seguridad Social. Un comentario Sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986, págs. 78 y 79.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., "Manual de Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979, pág. 362

ejemplo, el Tribunal Superior de Justicia de Aragón¹⁹⁸, sobre el derecho a prestación de maternidad de quien da a luz su segundo hijo durante el primer año de excedencia para cuidado de su primer hijo, cumple fielmente con el requisito de estar en alta, o en situación asimilada al alta, ya que, mientras se disfruta del primer año de excedencia, se considera que tal acontecimiento constituye una situación asimilada al alta, y por ende, el nacimiento de su segundo hijo interrumpe el disfrute de la excedencia por cuidado de hijo menor, dando lugar inmediatamente al derecho a la prestación por maternidad.

Por lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la situación asimilada al alta, según Barrios Baudor “es un mero dispositivo legal de relativización del alta”¹⁹⁹.

Para concretar este requisito de “estar en alta o en situación asimilada al alta”, se hace necesario resaltar las situaciones que se consideran asimiladas al alta, y que se establecen mediante el Real Decreto 295/2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que señala que:

Para acceder a la prestación económica por maternidad, únicamente se consideran situaciones asimiladas al alta (art. 4 del RD 295/2009).

Blasco Lahoz, J.F.; López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pág. 193 y ss.

¹⁹⁸ Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001: Situación asimilada al alta de la beneficiaria. Alumbramiento producido mientras se encontraba en excedencia para el cuidado de su primer hijo. El primer año de excedencia por cuidado de hijo se equipara, a efectos jurídico-laborales, a la suspensión del contrato de trabajo. Consideración del mismo como período de alta y cotización efectiva

¹⁹⁹ Barrios Baudor, G.L., “Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social” Ed. Aranzadi, Madrid 1997, págs. 53 y ss.

- La situación legal de desempleo total. En este sentido, el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, en su artículo 125, señala como situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia, será asimilada al alta, con cotización²⁰⁰. Así mismo se considera situación legal de desempleo los siguientes sucesos²⁰¹:
 1. La extinción de la relación laboral²⁰².
 2. La suspensión autorizada de la relación laboral.²⁰³

²⁰⁰ Real Decreto 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social:

“Art. 125 : 1. La situación legal de desempleo total durante la que el trabajador perciba prestación por dicha contingencia será asimilada a la de alta. Asimismo, tendrá la consideración de situación asimilada a la de alta, con cotización, salvo en lo que respecta a los subsidios por riesgo durante el embarazo y por riesgo durante la lactancia natural, la situación del trabajador durante el período correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por el mismo con anterioridad a la finalización del contrato”.

²⁰¹ Sobre esta situación, véase Fernández Márquez, O., “La situación legal de desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas: Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005, pag. 23 y ss. , y Desdentado Bonete, A., “La situación legal de desempleo. Requisitos sustantivos y formalización”, en: “Seguridad Social: Manual de formación”, Madrid, 2002, págs. 127 y ss.

²⁰² Según los artículos 40, 41 y 49 a 57 del Estatuto de los Trabajadores, la extinción del contrato de trabajo puede deberse a : a) Finalización del contrato o realización de la obra o servicio objeto del contrato, siempre que no sea por voluntad del trabajador. b) Despido. c) Despido colectivo. d) Resolución de la relación laboral en el período de prueba. e) Muerte, jubilación o incapacidad. f) Resolución de la relación laboral por voluntad del empresario, g) Resolución de la relación laboral por causas objetivas. h) Declaración de incapacidad permanente total para la profesión habitual del trabajador. i) Resolución voluntaria del trabajador por traslado a otro centro de trabajo de la empresa que exija cambio de residencia (art. 40 del E.T.) j) Resolución voluntaria del trabajador por modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Art. 41 E.T.), k) Resolución voluntaria del trabajador por causa justa. l) Resolución voluntaria de la trabajadora como consecuencia de ser víctima de violencia de género (art. 49.1.m). m) Extinción de la relación administrativa por causa distinta a la voluntad del empleado. n) Expulsión improcedente de una cooperativa. o) Cese de socios trabajadores de cooperativas de trabajo asociado que finalizan el periodo de duración del vínculo societario temporal.

En el mismo sentido, véase Losada González, H., “Prontuario de las Prestaciones de Seguridad Social”, Ed. C.

Véase también a

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 44 a 61.

²⁰³ Según el artículo 45 del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), el contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas:

3. La reducción temporal y autorizada de la jornada de trabajo²⁰⁴.
4. El retorno a España de los trabajadores españoles que finalicen una relación laboral en el extranjero²⁰⁵.
5. La liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional²⁰⁶.
6. El cese involuntario en el cargo de los miembros de corporaciones locales, cargos representativos de los sindicatos y altos cargos de las administraciones públicas²⁰⁷.

-
- Suspensión temporal del contrato de trabajo en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral. Se acredita con el certificado de empresa y la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.
 - Suspensión temporal del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora que se vea obligada a abandonar su puesto de trabajo como consecuencia de ser víctima de violencia de género (artículo 45.1.n del Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores). Se acredita con el certificado de empresa, junto con la orden de protección a favor de la víctima o, en su defecto, junto con el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios sobre la condición de víctima de violencia de género.
 - Suspensión temporal del contrato acordada en un procedimiento concursal.
 - Los trabajadores fijos discontinuos, que realicen trabajos que no se repitan en fechas ciertas y estén sujetos a llamamiento, y los trabajadores que realicen trabajos fijos y periódicos que se repiten en fechas ciertas, en los periodos de inactividad productiva: se acredita con el certificado de empresa. En el supuesto de suspensión de la actividad por causas económicas, tecnológicas, organizativas, de producción o por fuerza mayor, se requerirá la resolución de la Autoridad Laboral competente.

²⁰⁴ De acuerdo con el artículo 47 del Estatuto de los Trabajadores, Será reducción temporal de la jornada ordinaria de trabajo cuando dicha jornada se vea reducida entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70%, en virtud de la autorización conferida al empresario en resolución dictada por la Autoridad Laboral, siempre que el salario sufra una reducción análoga. Se acredita con el certificado de empresa junto con la resolución dictada por la Autoridad Laboral en Expediente de Regulación de Empleo.

²⁰⁵ Según el artículo 203 de la Ley General de la Seguridad Social, (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social), el retorno a España de los trabajadores a los que se les extinga la relación laboral en el extranjero. Se acredita con la certificación del área o dependencia de Trabajo y Asuntos Sociales de la Delegación o Subdelegación del Gobierno en la que conste la fecha del retorno, el tiempo trabajado en el país extranjero, el periodo de ocupación cotizado y que no tiene derecho a prestación por desempleo en dicho país.

²⁰⁶ Según el artículo 45.1.g del Estatuto de los Trabajadores, (Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores), la liberación de prisión por cumplimiento de condena o libertad condicional. Se acredita con la certificación del director del establecimiento penitenciario en la que consten las fechas de ingreso en prisión y de excarcelación y la causa de ésta.

²⁰⁷ Según el artículo 66 bis de la Ley General de la Seguridad Social (Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social) El cese involuntario y definitivo en el cargo, o la pérdida involuntaria y definitiva de la dedicación exclusiva o parcial y de la retribución, de los miembros de las corporaciones locales (alcaldes, tenientes de alcalde y concejales de los ayuntamientos y presidente, vicepresidente y diputados de las diputaciones provinciales), los

Otras situaciones que se consideran asimiladas al alta, son:

- El mes siguiente al cese en el cargo público, o al cese en el ejercicio de cargo público representativo o de funciones sindicales de ámbito provincial, autonómico o estatal, que dio lugar a la situación de excedencia forzosa o situación equivalente, durante el que debe solicitarse el reingreso al trabajo de acuerdo con el establecido en los arts. 46 y 48 del Estatuto de los Trabajadores.
- El traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional²⁰⁸.

miembros de las Juntas Generales de los Territorios Históricos Forales de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya. los miembros de los cabildos insulares canarios y los consejos insulares de Baleares, los cargos representativos de los sindicatos constituidos según la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, que ejerzan funciones sindicales de dirección del sindicato, y los altos cargos de las administraciones públicas (definidos en el artículo 3.2 de la Ley 5/2006, de 10 de abril y en las leyes autonómicas, cuando ejerzan su cargo con dedicación exclusiva y perciban retribuciones, no sean funcionarios públicos y no tengan derecho, como consecuencia de su cese en el cargo, a retribuciones, indemnizaciones o cualquier otro tipo de prestación compensatoria. Estas situaciones se acreditan por certificación del órgano competente de la corporación local, junta general, cabildo o consejo insular, administración pública o sindicato, junto con una declaración del titular del cargo cesado de que no se encuentra en situación de excedencia forzosa ni en ninguna otra que le permita el reingreso a un puesto de trabajo.

²⁰⁸ Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una Asignatura Pendiente" En: "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 181-201.

"... Pues bien, como también hemos anticipado, nuestro ordenamiento se sitúa fundamentalmente en un terreno estático, y se centra sobre todo en cuestiones relacionadas con el tiempo de trabajo. Lo primero acontece en la vigente regulación de la movilidad geográfica, donde las necesidades específicas de los trabajadores con responsabilidades familiares solo son tenidas en cuenta de manera limitada. En ese contexto, cabe llegar a la conclusión de que, ante una modificación sustancial de las condiciones de trabajo afectante a los aspectos temporales de la prestación, el trabajador no puede oponer sus responsabilidades familiares para evitarla o para ser excluido de ella, recayendo ésta sobre quienes no la tengan. Existiendo las causas que la autorizan según el art. 41.1.ET, no cabe argumentar un genérico principio de conciliación de la vida laboral y familiar que no se ha concretado en una norma específica al respecto"...

Véase también a:

Rodríguez Piñero, J., y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985, págs. 9 a 22.

Según los autores mencionados *"Ante esta realidad (la del traslado del trabajador), existe un grupo de pronunciamientos de suplicación bastante nutrido que ha reconducido este tipo de supuestos a la noción de modificación sustancial de condiciones de trabajo, bien para limitar la facultad empresarial de acordar el cambio o traslado del trabajador por la empresa fuera del territorio nacional, sujetándola a los requisitos causales y procedimentales del art. 41 ET, o bien para posibilitar la aplicación del régimen extintivo previsto*

- Para los colectivos de artistas y de profesionales taurinos, los días que resulten cotizados por aplicación de las normas que regulan su cotización, aunque no se correspondan con los de prestación de servicios.
- La situación del trabajador durante el periodo correspondiente a vacaciones anuales retribuidas que no hayan sido disfrutadas por él con anterioridad a la finalización del contrato.
- Los periodos considerados como de cotización efectiva respecto de las trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia que sean víctimas de violencia de género.
- En el antiguo Régimen Especial Agrario²⁰⁹, y en el actual Régimen General al que ahora pertenecen los trabajadores del sector agrario²¹⁰, la situación de

en este precepto. Lo cierto es, sin embargo que esta aproximación ha sido rechazada en varias ocasiones por la doctrina legal del Tribunal Supremo, y por supuesto por un buen número de pronunciamientos de suplicación. La interpretación más segura es, pues, la de que este tipo de cambios geográficos descansan sobre la más absoluta libertad empresarial”.

Véase también

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004: procedencia el despido por desobediencia de trabajadora que rehúsa el cumplimiento de una orden de desplazamiento por tiempo superior a tres meses, en atención a las exigencias de su vida familiar.

En el mismo sentido, Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000, Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002, que no acepta la pretensión del trabajador por no reputarse suficientemente gravosa la movilidad acordada por el empresario. Y Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004, con cita de otros muchos pronunciamientos diversos TSJ en el mismo sentido. Véase incluso después de la intervención del TS, la STSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Véase también

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003, y Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005, Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004m rec. 3208/2003, Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, recl. 4292/2007, Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008, TOL1.301.853, Murcia de 7 de enro de 2008, rec. 1355/207 País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

²⁰⁹ Leyes 38/1966 de 31 de mayo, y ley 41/1970 de 22 de diciembre, aprobadas por el Decreto 2123/1971 de 23 de julio, Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social, que fue integrado al Régimen General de la Seguridad Social, mediante la Ley 28/2011 de 22 de septiembre, y que se encuentra vigente desde el día 1 de enero de 2012.

desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, en los términos regulados en el artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social²¹¹. Es preciso señalar que con la entrada en vigor de la Ley 28/2011 que equipara a los trabajadores del sector agrario a los demás trabajadores, integrándolos al régimen general de la Seguridad Social, tal integración se hará de manera progresiva durante varios años²¹².

Siguiendo con los avances para el conjunto de trabajadores agrarios, es importante destacar la acción protectora de dicha Ley, pues durante los periodos

²¹⁰ Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

²¹¹ Artículo 71 del Reglamento general del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. Desplazamientos al extranjero.

“1. En los casos de traslado al extranjero por razón de trabajo, el interesado vendrá obligado a comunicar tal hecho a la Mutualidad Agraria con carácter previo, a fin de que se tramite su baja en el Censo, sin perjuicio de los derechos que le confiera el Convenio que, a efectos de la Seguridad Social, haya establecido con el país al que se traslada. De no efectuarlo así, tan pronto la Mutualidad Agraria tenga conocimiento del indicado desplazamiento, se tramitará la baja de oficio.

“2. Sin perjuicio de lo establecido en el número anterior, el trabajador podrá permanecer en situación asimilada a la de alta si se encuentra en cualquiera de los dos supuestos siguientes:

1-Que no quede obligatoriamente sometido a la legislación de Seguridad Social del Estado a cuyo territorio se traslade, bien por aplicación de la legislación nacional de dicho Estado, bien en virtud de un Convenio Internacional.

2-Cuando el desplazamiento sea de un trabajador por cuenta ajena con carácter temporal y por encargo de su Empresa, dejando a salvo las condiciones que fijen los Convenios aplicables, si los hubiese.

“En ambos supuestos, la permanencia en situación asimilada a la de alta se concederá con las siguientes condiciones:

No podrá exceder de un año, sin perjuicio de que transcurrido este plazo pueda suscribirse el Convenio especial previsto en el artículo anterior.

Los trabajadores estarán obligados a satisfacer las cuotas individuales correspondientes. La asistencia sanitaria no será prestada ni al trabajador ni a los familiares desplazados”.

²¹² Si nos referimos a lo que son las Bases de Cotización por contingencias comunes y profesionales durante los periodos de actividad, se determinarán conforme a las retribuciones efectivamente percibidas como el resto de trabajadores incluidos en el régimen general, aunque con el límite de 1800,00 euros/mes como base máxima. No obstante, esta base se equiparará a las del resto de trabajadores en el plazo de cuatro años.

de inactividad se podrá acceder a las prestaciones por maternidad, paternidad, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y jubilación.

- El convenio especial con la Seguridad Social para diputados y senadores de las Cortes Generales y diputados del Parlamento Europeo y el convenio especial con la Seguridad Social para los miembros de los Parlamentos y Gobiernos de las comunidades autónomas.
- Los periodos entre campañas de los trabajadores fijos discontinuos que no perciban prestaciones por desempleo de nivel contributivo.

a.2) Períodos de cotización.

La exigencia de periodos mínimos de cotización, estuvo vigente hasta que se promulgó el Real Decreto 295/2009²¹³, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural. Dicha exigencia consistía en un periodo de carencia de mínimo ciento ochenta días, como requisito para acceder a la prestación por maternidad, señalamiento expreso de la Ley General de Seguridad Social, situación que se modificó ampliamente, bajo la premisa de protección y atención sanitaria tanto para la madre como para el hijo²¹⁴.

²¹³ Real Decreto 295/2009, art. 5, num.2 :

“ ...Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, para el acceso al subsidio por maternidad es necesario acreditar unos periodos mínimos de cotización ...”.

²¹⁴ Véase en tal sentido a:

Olarte Encabo, S., “El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social” Ed. Consejo económico y social, Madrid, 1997, págs. 200 a 208.

Véase también Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999, págs. 62 y ss.

En el mismo sentido, véase a:

En contraposición a la regulación anterior, que exigía un período fijo de 180 días dentro de los 5 años anteriores al inicio de la suspensión, para ser beneficiarios de la prestación, hoy día y tras la modificación introducida por el Real Decreto 295/2009 (art. 5 num. 2), hay que acreditar un período de carencia en función de la edad del trabajador, ahora se establecen tres tramos de edad:

“a) Si el trabajador tiene menos de 21 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: no se exigirá período mínimo de cotización.

b) Si el trabajador tiene cumplidos entre 21 y 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 90 días cotizados dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Barrios Baudor, G.L., “La Incapacidad Temporal, el Riesgo durante el Embarazo y la Maternidad”, en “Seguridad Social, Manual de formación”, Madrid, 2001, págs.. 121 y ss.

Así mismo, véase a:

Blasco Lahoz, J.F. “Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas)”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs..215 y ss.

De manera general, los autores anteriormente señalados coinciden en que “... En el nivel contributivo, la protección se supedita al previo encuadramiento del sujeto en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social; se exige, en definitiva, la constitución formal de la relación de aseguramiento, e incluso en ciertos casos también una cotización suficiente. De este modo, el sistema conoce el riesgo cuya actualización habrá de suscitar sus prestaciones, no existiendo la protección por eventos pasados y ciertos.

Además, la naturaleza del riesgo del cual deriva la contingencia guarda estrecha relación con el tipo de protección dispensada. Quiere decirse que, orientado el sistema a amparar a los individuos que sufren determinadas situaciones tasadas, éstas integran actualmente el campo de aplicación objetivo de las prestaciones de Seguridad Social, mas no resultan absolutamente independientes del riesgo del cual constituyen actualización, ya que éste condiciona el alcance de su cobertura.

Ante esta evidencia, se ha sugerido que el riesgo guarda simplemente un papel de causa eficiente de la situación protegida, pero que no constituye el objeto de cobertura. Sin embargo, desde el momento en que el sistema exige la previsión del riesgo para brindar protección, no se aprecia realmente una distinción clara respecto de los seguros sociales en este punto. Y si en aquéllos el núcleo de la cobertura se centraba en el riesgo, no hay razón para dar tratamiento distinto al nivel contributivo de la Seguridad Social ...”.

Se considerará cumplido este requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

c) Si el trabajador es mayor de 26 años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción: el período mínimo de cotización exigido será de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso.

Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización exigido, será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo que, en cada caso, corresponda.

d) Si la trabajadora hubiera iniciado el período de descanso antes del parto y, habiéndose reconocido el derecho al subsidio tomando como referente la fecha probable de parto, una vez producido éste, no acreditara el período mínimo de cotización exigido, se extinguirá el subsidio y las prestaciones percibidas hasta ese momento no se considerarán indebidas. En tales casos, se reconocerá el subsidio de naturaleza no contributiva, previsto en la sección segunda del mismo capítulo del Real Decreto 295/2009, por el período que corresponda, a contar desde el parto, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.2.²¹⁵”.

²¹⁵ Artículo 17.2 RD 295/2009 “Nacimiento, duración y extinción: ...2. La duración de la prestación será de 42 días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los casos de nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, o en una familia monoparental, o en los supuestos de parto múltiple, o cuando la madre o el hijo estén afectados de discapacidad en un grado igual o superior al 65 %. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

Se entenderá por familia monoparental la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia.

Sobre este requisito de acceso a la prestación por maternidad, referente a los períodos de cotización, se ha encontrado que aunque los pagos de las cotizaciones no se hayan efectuado en los plazos correspondientes, los mismos se computan igualmente para cubrir la carencia requerida para acceder a la prestación por maternidad. A este respecto, nos permitimos señalar la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña²¹⁶, en la que se reconoció a la solicitante la prestación por maternidad, puesto que la misma, acreditó haber reunido el período de carencia exigido legalmente, a pesar de haber efectuado los pagos por fuera de los plazos (razón de la denegación de la prestación por parte del INSS)²¹⁷.

Así las cosas, los períodos de cotización exigida como requisito de acceso a la prestación por maternidad en el nivel contributivo, operan de la siguiente manera:

- a) A la hora del parto, si la madre no reúne el plazo de cotización que se exige, será el padre el que perciba un subsidio de maternidad por el permiso de descanso que corresponde, descontando un tiempo correspondiente a seis semanas (cuarenta y dos días).

- b) En caso de adopción en el extranjero: En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los adoptantes al país de origen del adoptado y éstos se acojan al período de

Así mismo, se entenderá que existe parto múltiple cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos”.

²¹⁶ Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009: El TSJ Balears desestima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Palma de Mallorca que estima la demanda en reclamación por prestación por maternidad deducida por la solicitante

²¹⁷ Bajo la vigencia de la ley anterior que no incluía los tramos de edad para los períodos mínimos de cotización, se produce la Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999: optándose por la Inaplicación de la teoría del paréntesis a los subsidios temporales de incapacidad temporal y de maternidad para cuyo devengo se exige un corto período de cotización en un amplio lapso de tiempo (180 días cotizados dentro de los 5 años anteriores a la maternidad).

suspensión previsto en el artículo 48.4 del Estatuto de los Trabajadores²¹⁸, la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, que podrá comenzar a disfrutarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituya la adopción, y, para verificar si se acredita dicho período mínimo, se tomará como referente la fecha de dicha resolución²¹⁹.

Lo dispuesto en el párrafo anterior, conforme a lo establecido en el artículo 49.b) del Estatuto Básico del Empleado Público²²⁰, se extiende, para las personas

²¹⁸ Estatuto de los Trabajadores (Real Decreto Legislativo 1/1995). Artículo 48.4. En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto..

“... En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción ...”.

²¹⁹ Calzadilla Medina, A., “La Adopción Internacional en el Derecho Español”, Ed. Dykinson, Madrid, 2004, pag. 87 y ss.

Véase también el mismo sentido a Herrán A.I. “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000, pags. 33 y ss.

Ambos autores resaltan que fue a partir de la entrada en vigor de la Ley 21/1997, de 11 de noviembre, cuando en España se produce un cambio radical en la concepción de la institución jurídica de la adopción, ya que la ley induce dos principios fundamentales en los que se basa la adopción: la configuración de la misma como un elemento de plena integración familiar y el interés del niño adoptado que se sobrepone a los otros intereses legítimos que se dan en el proceso de la constitución de la adopción. Por otra parte se potencia el papel de las entidades públicas con competencia en protección de menores.

La ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, respecto a la adopción nacional e internacional, introduce la exigencia del requisito de idoneidad de los adoptantes, que debe ser apreciado por la entidad pública, y regula meritoriamente la adopción internacional.

²²⁰ Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público. Artículo 49. *Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral y por razón de violencia de género. En todo caso se concederán los siguientes permisos con las correspondientes condiciones mínimas:*

...b) Permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple: tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas. Este permiso se ampliará en dos semanas más en el supuesto de discapacidad del menor adoptado o acogido y por cada hijo, a partir del segundo, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiple.

El cómputo del plazo se contará a elección del funcionario, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o a partir de la resolución judicial por la que se constituya la adopción sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios periodos de disfrute de este permiso.

incluidas en su ámbito de aplicación, a las situaciones de acogimiento, preadoptivo, permanente o simple, y la edad, a efectos de determinar el período mínimo de cotización, será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del permiso por adopción o acogimiento, una vez agotado, en su caso, el permiso de hasta dos meses de duración con derecho a la percepción de retribuciones básicas. Para verificar si se acredita dicho período mínimo se tomará como referente la fecha de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la de la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

- c) En caso de trabajadores a tiempo parcial el periodo de cotización se computará según las horas que tenga trabajadas. Cuando se trate de trabajadores a tiempo parcial, el lapso de tiempo inmediatamente anterior al inicio del descanso, en el que debe estar comprendido el período mínimo de cotización exigido, se incrementará en proporción inversa a la existente entre la jornada efectuada por el trabajador y la jornada habitual en la actividad correspondiente y exclusivamente en relación con los períodos en

En el caso de que ambos progenitores trabajen, el permiso se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre en períodos ininterrumpidos.

En los casos de disfrute simultáneo de periodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas o de las que correspondan en caso de adopción o acogimiento múltiple y de discapacidad del menor adoptado o acogido.

Este permiso podrá disfrutarse a jornada completa o a tiempo parcial, cuando las necesidades de servicio lo permitan, y en los términos que reglamentariamente se determine.

Si fuera necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, en los casos de adopción o acogimiento internacional, se tendrá derecho, además, a un permiso de hasta dos meses de duración, percibiendo durante este periodo exclusivamente las retribuciones básicas.

Con independencia del permiso de hasta dos meses previsto en el párrafo anterior y para el supuesto contemplado en dicho párrafo, el permiso por adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución judicial por la que se constituya la adopción o la decisión administrativa o judicial de acogimiento.

Durante el disfrute de este permiso se podrá participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Los supuestos de adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple, previstos en este artículo serán los que así se establezcan en el Código Civil o en las Leyes civiles de las Comunidades Autónomas que los regulen, debiendo tener el acogimiento simple una duración no inferior a un año”...

que, durante dicho lapso, se hubiera realizado una jornada inferior a la habitual (Artículo 5, Capítulo II del Real Decreto 295/2009²²¹)

b) Base reguladora.

El artículo 6 numeral 1 del mencionado Real Decreto 295/2009²²², determina que la prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al cien por cien de la base reguladora correspondiente.

La base reguladora del subsidio por maternidad es la equivalente a la establecida para la incapacidad temporal derivada por contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso, es decir, la base de cotización del mes anterior al periodo de descanso dividida entre el número de días a que se refiere dicha cotización²²³.

No obstante, si la trabajadora ingresa en la empresa en el mismo mes en que se produce la baja, se tomará para la base reguladora la base de cotización de dicho mes, dividida por los días efectivamente cotizados. También, se tomará como divisor los días efectivamente cotizados, cuando la trabajadora no ha permanecido en alta durante todo el mes natural anterior.

²²¹ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

²²² Real Decreto 295/2009: *Artículo 6º. Num. 1:*
"... Prestación económica: 1.- La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora correspondiente, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 7 ...".

²²³ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005: El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la trabajadora contra la sentencia del TSJ Madrid dictada en recurso de suplicación contra la sentencia de instancia que declaró su derecho a percibir el subsidio de maternidad teniendo en cuenta el salario del mes anterior a la baja. Citamos como ejemplo de la determinación de la base reguladora en la prestación por maternidad, esta Sentencia del Tribunal Supremo de en la que se refuerza el precepto legal del establecimiento del subsidio económico, destacando que la base reguladora se establece por el cómputo de la retribución percibida el mes anterior a la baja y del bonus de retribución variable y reiterando la aplicación de la regla de la anualización de los conceptos retributivos que no tengan carácter periódico.

En el caso de contratos a tiempo parcial la base reguladora es el resultado de dividir las sumas de bases de cotización acreditadas en la empresa durante los tres meses inmediatamente a la fecha del hecho causante, entre el número de días efectivamente trabajados y por tanto cotizados.

Durante la situación de maternidad la entidad gestora, descuenta el importe de la aportación de la trabajadora a la cotización de la Seguridad Social. Por su parte el empresario ha de ingresar las aportaciones a su cargo.

Cuando el periodo de descanso se disfruta simultánea o sucesivamente por uno o ambos padres, la cuantía se determinará en función de la base reguladora para cada uno²²⁴.

En caso de parto, adopción o acogimiento múltiple, la cuantía de la prestación, será el cien por ciento de la base reguladora para el primer hijo durante los periodos disfrutados por sus padres²²⁵. Por cada uno de los demás hijos y a partir del segundo se abonará el cien por ciento durante seis semanas posteriores al parto o resolución judicial de adopción o acogimiento (será un solo pago a efectuar a finalizar las seis semanas anteriores referidas) (Se amplía en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo al finalizar el periodo de las dieciséis semanas).²²⁶

²²⁴ En este sentido, véase Losada González, H., "Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller), Madrid 1999, págs. 12 y ss.

En el mismo sentido véase también:

Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003, págs.11-17.

²²⁵ Véase en este aspecto Olarte Encabo, S-. "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo económico y social, 1997, págs.110 y ss.

²²⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, Art. 6 núm. 2 En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción (art. 6 núm.2 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo).

c) Porcentaje que se aplica a la base.

El Real Decreto 295/2009, en sus artículos 6 y 7²²⁷, señala que el porcentaje que se aplica a la prestación por maternidad es el cien por cien de la base reguladora desde el día en que se produce el nacimiento del derecho.

Tal porcentaje del cien por ciento de la base reguladora de la prestación por maternidad, nos lleva a pensar que la intención del legislador parece ser que la trabajadora perciba una prestación similar al salario habitual, considerada por algunos como un autentico “salario maternal”²²⁸. La verdadera similitud del

²²⁷ Real Decreto 295/2009, Art. 6: *“Prestación económica. La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 % de la base reguladora correspondiente, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 7.*

En caso de parto múltiple y de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea, se concederá un subsidio especial por cada hijo o menor acogido, a partir del segundo, igual al que corresponda percibir por el primero, durante el periodo de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, cuando se trate de adopción o acogimiento, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción.

Artículo 7. Cálculo de la prestación. *Para el cálculo del subsidio por maternidad, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, tomando como referencia la fecha de inicio del periodo de descanso. No obstante, durante el disfrute de los periodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial, la base reguladora del subsidio se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada laboral ...”.*

²²⁸ López, E., “Salario Maternal”, en “Correo Gallego”, Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007, pág. 21 y ss. : “El problema de Occidente no es, especialmente de Europa, económico, es demográfico. Hay que aumentar la natalidad a toda costa. Pero eso no puede lograrse con los bajos salarios. Hay que instaurar el salario maternal que es la verdadera cuarta pata del Estado del Bienestar. No porque sea necesario para elevar la tasa de natalidad sino porque es de justicia: la mayor aportación de la mujer al sistema económico son los

subsidio por maternidad, con la retribución que percibe la trabajadora habitualmente, como contraprestación por el trabajo desempeñado, vendrá determinada no solo por la cuantía de la prestación sustitutoria, sino también por la posibilidad de mantenimiento durante el tiempo de disfrute de la licencia maternal, de algunas de las percepciones económicas que cobra la trabajadora durante la ejecución de su contrato²²⁹.

La suspensión del contrato laboral, causado por la licencia por maternidad, no exoneraría al empresario de determinadas obligaciones de carácter económico no vinculadas con la actividad laboral, sino con la vigencia de la relación laboral, entre ellas, las mejoras voluntarias del empresario a las prestaciones públicas de la Seguridad Social²³⁰, surgidas precisamente para periodos de inactividad.²³¹

Procede ahora formularnos el interrogante acerca de la viabilidad de los incrementos salariales durante el periodo de licencia de maternidad,

hijos, los futuros contribuyentes. Si queda marginada respecto al varón por causa de maternidad entonces hay que compensarlo de algún modo: con un salario. Y no, no representa un gasto exagerado". Pues bien, yo creo lo mismo: es necesario, por sentido de justicia y de prudencia, establecer el salario de maternidad como tal, y no poner en riesgo la vida de la madre y de su hijo.

²²⁹ Sobre esta obligación de mantenimiento de la retribución habitual, el artículo 45.2 del Estatuto de los Trabajadores señala: "... La suspensión exonera de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo...".

²³⁰ Recordemos que las mejoras voluntarias de la Seguridad Social no son prestaciones, simplemente son incrementos sobre las prestaciones legalmente instituidas por la LGSS; cuya finalidad es incrementar y mejorar el nivel de cobertura de la acción protectora, todo ello en el ámbito del sistema contributivo. Dichas mejoras son sufragadas por las propias empresas que quieran implantarlas, y se gestionan en el ámbito privado ya se por el propio empresario o a través de entidades mercantiles que se dedican a ello. Estas mejoras voluntarias, constituyen un compromiso asumido por las empresas, ya sea mediante un convenio, el contrato de trabajo o mediante la decisión unilateral de la empresa. El marco normativo de este tipo de mejoras de la seguridad social se encuentra en la Ley General de la Seguridad Social, en sus artículos 39 y 191 a 194.

Sobre el tema STJCE de 30 de abril de 1998 (TJCE 1998, 70), según la cual la trabajadora vinculada al empresario no puede durante su permiso por maternidad ser privada de su promoción profesional

²³¹ Rodríguez Escanciano S, "La Familia en el ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008, págs. 141 y ss.

"... Las mejoras voluntarias tienen como finalidad mejorar o incrementar el nivel de cobertura de la acción protectora de la Seguridad Social contributiva, debiendo recaer sobre las mismas contingencias que ésta. Por consiguiente, la protección de cualquier otra situación de necesidad, aun pudiendo ser catalogada como «acción asistencial» en sentido amplio, no podrá calificarse, propiamente, como mejora voluntaria de la Seguridad Social ...".

¿Cuándo proceden dichos incrementos?

Al respecto, los incrementos salariales producidos durante la licencia por maternidad, tendrán eficacia si los mismos, surgen por circunstancias tales como, un cambio de grupo profesional, un incremento en el cómputo de la antigüedad en la empresa, y también por la aprobación de un convenio colectivo.

La trabajadora tendrá derecho a percibir dichos aumentos salariales, que serán también computables a efectos del cálculo de la indemnización que pueda derivarse de la extinción del contrato²³².

d) Duración.

La duración de la licencia por maternidad en el nivel de protección contributivo, es de 16 semanas, ampliables a 18 semanas por parto múltiple²³³.

²³³ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

“... Artículo 8. Nacimiento, duración y extinción del derecho.

1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el periodo de descanso correspondiente, de acuerdo con las normas aplicables en cada caso.

2. La duración del subsidio por maternidad será equivalente a la de los periodos de descanso que se disfruten, de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.4 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y a la de los permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a que se refieren los párrafos a y b del artículo 49 del Estatuto Básico del Empleado Público.

Cuando el subsidio por maternidad sea compartido, éste se abonará a cada beneficiario durante la parte de los periodos de descanso, mencionados en el párrafo anterior, que hayan sido disfrutados efectivamente por cada progenitor, adoptante o acogedor. La percepción del subsidio podrá efectuarse, en estos casos, de forma simultánea o sucesiva con el del otro progenitor.

3. Con carácter general, el subsidio por maternidad tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, que, en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples se ampliará en dos semanas por cada hijo o menor a partir del segundo. Asimismo, en el supuesto de discapacidad del hijo se ampliará la duración del subsidio en dos semanas adicionales y en los casos de hospitalización del neonato a continuación del parto podrá ampliarse hasta un máximo de trece semanas. Todo ello sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3.3.

Cabe anotar el intento fallido de la Unión Europea que pretendía incrementar a veinte semanas (cinco meses), el descanso por maternidad, plenamente retribuido, subrayándose que dicho incremento podría contribuir a potenciar la igualdad de género en el trabajo y en casa. Dicho incremento no llegó a consolidarse dado al elevado costo de la medida y a la consideración de los eurodiputados de que dicho incremento podría volverse en contra de la mujer en términos de contratación laboral.²³⁴

La Comisión Europea partió con el plan inicial de extender la baja por maternidad de catorce a dieciocho semanas en su Directiva sobre estándares de sanidad y seguridad para trabajadoras embarazadas, dejando libertad a los países para decidir cuánto pagar a dichas trabajadoras.

Pero cuando la propuesta llegó al Parlamento Europeo, la comisión Mujer, mostró su voluntad de ir más allá, los eurodiputados añadieron dos enmiendas por las que el permiso mínimo se alargaba hasta las veinte semanas. Además se introdujo un mínimo de dos semanas de permiso para los padres. Como ya se expresó con anterioridad, la iniciativa no tuvo acogida y cada país miembro de la Unión Europea, se ha decantado por señalar la duración del permiso por maternidad que han considerado la más adecuada.

Así las cosas, se recuerda que se tendrá derecho al subsidio por maternidad a partir del mismo día en que dé comienzo el período de descanso correspondiente.

A la duración prevista en los supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiples se acumulará, en su caso, la duración adicional de dos semanas por discapacidad de cada hijo o menor adoptado o acogido, así como el período de ampliación que corresponda en casos de hospitalización del neonato a continuación del parto. No obstante, en supuestos de parto múltiple, no procederá acumular los períodos de hospitalización de cada uno de los hijos cuando dichos períodos hubieran sido simultáneos ...”.

²³⁴ El 6 de junio de 2010 tuvo lugar el debate sobre el incremento de la licencia por maternidad, pretendiéndose que se llegara a las veinte semanas plenamente retribuidas, pero la Unión Europea, rechazó tal iniciativa por considerarla de un alto coste, y por prever que la misma podría volverse en contra de la mujer, señalando que la Directiva debería establecer estándares mínimos de salud y seguridad para las trabajadoras embarazadas, y no añadir nuevos costos para las empresas y sistemas de Seguridad Social ya demasiado sobrecargados”.

El mencionado estudio reveló que tan solo en 10 de los 27 países miembros de la Unión Europea, el coste de dicho incremento sería de 121,18 billones de Euros, desde el momento de la iniciativa (año 2010) a los próximos 19 años.

Se abonará a cada beneficiario, en su caso, durante la parte de los períodos de descanso que hayan sido disfrutados efectivamente por la madre y el padre.

En el supuesto de fallecimiento del hijo, la beneficiaria tendrá derecho a la prestación económica durante los días que falten para completar el período de descanso obligatorio, para la madre de seis semanas posteriores al parto, si éstas no se hubieran agotado. En estos casos quedará sin efecto la opción ejercida por la madre a favor del padre²³⁵.

En caso de fallecimiento de la madre, el padre podrá percibir la totalidad o, en su caso, la parte que reste del período de subsidio.

Cuando la madre hubiera optado porque el padre disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute por el padre, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del período de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad²³⁶.

En esta situación, se encuentran pronunciamientos de los Tribunales, en defensa del derecho al subsidio por parte del padre, a elección de la madre, tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana²³⁷

²³⁵ Véase en este aspecto Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007, págs. 31 y ss.

Alonso Olea, M. "Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 1994, pág 58 y ss.

²³⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural:

"Artículo 8, Nacimiento, duración y extinción del derecho.

...5. Cuando la madre hubiera optado por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del periodo de descanso por maternidad y, una vez iniciado el efectivo disfrute, éste falleciera antes de haberlo completado, la madre podrá ser beneficiaria del subsidio por la parte del periodo de descanso que restara hasta alcanzar la duración máxima correspondiente, incluso aunque aquélla ya se hubiera reincorporado al trabajo con anterioridad ...".

²³⁷ Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

en el que se reconoce el derecho del trabajador a percibir la prestación por maternidad, ya que se encuentra plenamente acreditado que el solicitante cumple con los requisitos establecidos legalmente para percibir la prestación por maternidad, a partir de las primeras seis semanas del parto, y señalando que no impide dicho reconocimiento al derecho del solicitante, el hecho de que la madre no haya ejercitado la opción para el disfrute de la prestación a favor del solicitante en el momento inicial de la solicitud.

e) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

e.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo

El procedimiento para el reconocimiento del derecho, se inicia a instancia del interesado, mediante solicitud dirigida a la Dirección Provincial de la entidad gestora, según el régimen de encuadramiento, teniendo en cuenta las siguientes indicaciones:

- a) La solicitud se formulará en los modelos normalizados y deberá contener los datos y circunstancias que establece el art, 70 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, acompañada de los documentos necesarios, excepto de los que ya se hayan aportado para la tramitación de un subsidio por paternidad por los mismos hijos o menores acogidos.
- b) Expresamente deberá contener el motivo de la misma, la fecha de inicio y la distribución prevista del período de descanso de cada uno de los beneficiarios, así como los datos relativos a la empresa/s, si se tratase de trabajadores por cuenta ajena.

- c) La solicitud de interrupción del subsidio en los casos de parto prematuro y en aquellos que el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, deberá efectuarse por la madre o por el otro progenitor, según quien sea o vaya se beneficiario, debiendo acreditar la interrupción de la suspensión del contrato de trabajo o el cese de la actividad, así como la existencia de hospitalización del menor, mediante el documento correspondiente del centro hospitalario.

El formulario para solicitar la prestación, así como el resto de los impresos necesarios para el reconocimiento del derecho, se puede descargar en la página web del Sistema de Seguridad Social

No obstante, la entidad gestora podrá iniciar de oficio el procedimiento para el reconocimiento del subsidio, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar al interesado dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante²³⁸.

e.2) Gestión del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Las prestaciones económicas por maternidad serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social.

No obstante, en la gestión intervienen otros órganos o unidades, entre las que podemos destacar:

²³⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 762 a 767.

"... La prestaciones económicas por maternidad, serán gestionadas directamente por el Instituto Nacional de la Seguridad Social, excepto para los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del mar, cuya gestión corresponderá al Instituto de Seguro Social de la Marina. El pago será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas. El pago del subsidio se realizará por periodos vencidos. El subsidio especial por parto múltiple, será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en caso de adopción o acogimiento múltiples. Al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución Judicial por la que se constituya la adopción ...".

- a) Para la determinación del grado de discapacidad, está atribuida a los órganos competentes de las Comunidades Autónomas y a las Direcciones Provinciales del Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) en Ceuta y Melilla.
- b) Para la determinación de las dificultades de inserción social y familiar de los menores mayores de seis años, en los casos de adopción, acogimiento y tutela, está atribuida a la entidad pública competente en materia de protección de menores.
- c) Para la consideración de la familia numerosa, se estará a lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

e.3) Pago del subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

En cuanto al pago de las prestaciones habrá que tener en cuenta los siguientes aspectos:

- a) El pago del subsidio será realizado directamente por la entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, realizándose por períodos vencidos.
- b) El subsidio especial, en caso de parto múltiple será abonado en un solo pago, al término del período de seis semanas posteriores al parto, y en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la Resolución judicial por la que se constituye la adopción.

Es necesario señalar igualmente, las deducciones a las que hay lugar, en caso de ser beneficiario/a del subsidio por maternidad en este nivel contributivo que ahora

se analiza. En el momento de hacer efectivo el subsidio, se deducirán del importe del mismo. La cuantía a que asciende la suma de las aportaciones del trabajador relativas a las cotizaciones de la Seguridad social, desempleo, formación profesional que procedan, en su caso, para su ingreso en la Tesorería General de la Seguridad Social.

En este sentido, el empresario vendrá obligado a ingresar únicamente las aportaciones a su cargo correspondientes a la cotización a la Seguridad Social y por los demás conceptos de recaudación conjunta que, en su caso procedan.

Así mismo, es preciso recordar que la obligación de cotizar permanece durante las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, y de disfrute de los períodos de descanso por maternidad o paternidad con períodos de descanso en régimen de jornada a tiempo parcial.

f) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel contributivo.

Como es lógico, este derecho a percibir la licencia por maternidad, se extingue por diferentes causas, por lo cual nos disponemos a señalar las causas de la extinción de este derecho.

Son causas de extinción:

- a) El transcurso de los plazos máximos establecidos legalmente. Aquí se observa alguna cercanía con el régimen de la Incapacidad Temporal. pero el fenómeno es mucho más simple: el subsidio termina cuando concluye el período de descanso²³⁹.

²³⁹ Montoya Melgar, A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998, págs. 363 y ss.

- b) La reincorporación voluntaria al trabajo del beneficiario del subsidio con anterioridad al cumplimiento del plazo máximo de duración cuando sea el único beneficiario. La realización de trabajo por cuenta ajena o propia o dedicarse a actividades que dificulten o alarguen la recuperación tras el parto extinguen sin lugar a dudas, el derecho a esta prestación²⁴⁰
- c) En el supuesto de disfrute sucesivo o simultáneo por ambos progenitores, por la reincorporación voluntaria al trabajo de uno de ellos o de ambos, con anterioridad al cumplimiento de los plazos máximos de duración de los periodos de descanso correspondientes, en este caso la parte que reste para completarlos incrementa la duración del subsidio a que tuviera derecho el otro beneficiario, sin perjuicio de que la madre o los adoptantes opten por la reincorporación en caso de fallecimiento del hijo o del adoptado.
- d) Por el fallecimiento del beneficiario, salvo que pueda continuar en el disfrute del periodo de descanso el progenitor sobreviviente, según las condiciones legal o reglamentariamente establecidas para ser beneficiario.
- e) Por adquirir el beneficiario la condición de pensionista de jubilación o por incapacidad permanente, sin perjuicio del disfrute del período de descanso restante por el otro progenitor.
- f) También se produce la denegación, anulación y suspensión cuando la beneficiaria actúe fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio o cuando trabaje por cuenta propia o ajena durante su percepción.

²⁴⁰ Alonso Olea, M., Tortuero Plaza. J.L., "Instituciones de Seguridad Social", Ed. Civitas, Madrid, 2002, págs.. 276 y ss.

"... La trabajadora y la empresa estarán obligadas a comunicar a la Entidad gestora o colaboradora cualquier circunstancia que implique la suspensión o extinción del derecho al subsidio ...".

2.6.2 Nivel no contributivo.

La protección no contributiva en el marco del Sistema español de la Seguridad Social ha dejado de ser una parte marginal existente dentro del contenido de las prestaciones contributivas y se ha convertido en una porción más de la acción protectora de aquél, a partir del establecimiento de las prestaciones no contributivas²⁴¹.

El concepto “prestaciones de naturaleza no contributiva” podría ser definido como la protección establecida y mantenida por los poderes públicos a fin de cubrir a sus ciudadanos una situación de necesidad protegible²⁴².

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, llevó a cabo una importante ampliación de los derechos laborales vinculados a la maternidad, e intensificó la protección que el sistema de Seguridad Social venía dispensando a esta contingencia. Para ello introdujo importantes reformas en el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores y en reglas contenidas en el Capítulo IV bis del Título II de la Ley General de la Seguridad

²⁴¹ Perrin, G., “Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social”, Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969, pág. 304.

“... El objetivo fundamental de la protección no contributiva de la Seguridad Social, será la seguridad de los medios de vida de las personas que no han cotizado a aquella. Y para asegurar una protección general y eficaz, de acuerdo con la exigencia normal de una institución, que tiene por cometido garantizar la seguridad económica de todos los miembros de la colectividad (art. 41 de la CE), la prestación o ingreso social, debe acercarse en la medida de lo posible a un nivel suficiente que permitan condiciones de vida decorosas, al tratarse de una prestación social de compensación concedida de forma diferencial como complemento del ingreso profesional para que el interesado pueda hacer frente a unas cargas familiares, o como ingreso principal para todos aquellos que cuyo trabajo no se retribuya o que no puedan asegurar sus medios de existencia con una actividad regular ...”.

²⁴² Sánchez Rodas-Navarro, C. “El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español”, Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998, págs.. 92 -98.

“... El nivel mínimo no contributivo aplicable a situaciones de necesidad, exista un nivel superior de cobertura que exija la previsión de los riesgos; pero lo que carece de lógica es que la protección dentro de este último difiera según que el riesgo sea profesional o común. Quiere decirse que, el exceso de gastos o defecto de ingresos que deriva de la actualización de los riesgos no difiere, en sí mismo, en virtud de la naturaleza de dichos riesgos, y desde tal perspectiva no puede entenderse justificado que a día de hoy se siga manteniendo la distinción en este sentido. El principio de igualdad en la protección requiere un esfuerzo adicional del legislador ordinario, que provea a la efectiva homogeneización de la cobertura dentro del nivel contributivo ...”

Social. Entre estas novedades, merece la pena destacar la regulación de un supuesto especial que reconoce un subsidio económico por maternidad en caso de parto a las trabajadoras por cuenta ajena que en el momento de producirse la contingencia, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación económica general por maternidad, salvo el período mínimo de cotización, lo cual constituye una solución sin duda menos costosa que la de no exigir la carencia en la prestación de maternidad²⁴³.

La finalidad del subsidio es clara, garantizar una cobertura económica durante el periodo de descanso obligatorio inmediatamente posterior al parto que impone a las trabajadoras el art. 48.4 del Estatuto de los Trabajadores, como lo prueba que la duración inicial de la prestación sea de 42 días naturales posteriores al parto.

La regulación legal de este subsidio especial, se ha visto desarrollada en el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, que deroga y sustituye al Real Decreto 1251/2001 de 6 de mayo. Esta nueva norma reglamentaria dedica la sección segunda del capítulo I (arts. 15 al 21) a completar la regulación del supuesto especial de protección por maternidad, sin perjuicio de que también le son de aplicación algunas de las reglas contenidas en la sección primera referidas al supuesto general.

Es importante señalar, que respecto a la naturaleza jurídica de esta prestación, la norma reglamentaria dedica al subsidio especial del art. 133 sexies LGSS la calificación de subsidio de naturaleza no contributiva, sobre todo porque tanto la Ley Orgánica 3/2007, que incorporó este subsidio, como la nueva redacción que ésta dio a la Ley General e Seguridad Social, han evitado pronunciarse sobre la naturaleza de esta prestación.²⁴⁴

²⁴³ Martínez Moya, J., “Maternidad y Riesgo durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007, pág. 71.

²⁴⁴ Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo durante el Embarazo y la Lactancia Natural (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Civitas, Thomson, Madrid, 2010, pág. 39.

Por ejemplo, a diferencia del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo, podemos señalar sin lugar a equívocos que el referente la jubilación, si que es un subsidio no contributivo, dicha contingencia se encuentra regulada mediante el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, se extiende el derecho a las pensiones de jubilación e invalidez del Sistema de la Seguridad Social, a todos los ciudadanos, aún cuando no hayan cotizado nunca o no tengan cotizado el tiempo suficiente para alcanzar prestaciones de nivel contributivo²⁴⁵.

De este modo, el carácter no contributivo de la protección incluiría a:

- a) Aquellas prestaciones cuyo reconocimiento no esté sujeto a la acreditación previa de periodos de carencia.
- b) Aquellas prestaciones en las que su financiación sea ajena a las contribuciones de empresarios y trabajadores del sistema de la Seguridad Social.

Este subsidio no contributivo, fue establecido en virtud de la Ley 26/1990, de 20 de diciembre²⁴⁶, en desarrollo del principio rector contenido en el artículo 41 de la Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, como aquellas prestaciones que se encuadran en el ámbito de la asistencia social pero que son merecedoras del calificativo de prestaciones no contributivas, en cuanto constituyen el antecedente del nivel de protección calificado por la legislación vigente como no contributivo²⁴⁷. Y como ya se ha expresado, fue a través de la

²⁴⁵ Pueden asimilarse también a pensiones no contributivas, las pensiones asistenciales por ancianidad en favor de emigrantes españoles, si bien teniendo en cuenta que no forman parte del entramado institucional de la Seguridad Social.

²⁴⁶ Ley 26/1990 de 20 de diciembre, de Prestaciones no Contributivas del Sistema de la Seguridad Social

²⁴⁷ Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones No Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001, págs. 137 y ss.

L.O. 3/2007 de 22 de marzo, que se efectuó una ampliación a los derechos vinculados a la maternidad y se intensificó la protección a esta contingencia.

Ahora bien, queda suficientemente claro que este subsidio no contributivo por maternidad, se va financiar con las aportaciones del Estado al Presupuesto de la Seguridad Social. Pero no está claro que esta circunstancia deba afectar a la naturaleza jurídica de una prestación, que, de entrada, carece del carácter universal propio de las prestaciones no contributivas. No olvidemos, que, a diferencia de las prestaciones de modalidad no contributiva, el subsidio especial por maternidad exige que la trabajadora esté afiliada y en alta o situación asimiladas al alta. Más aún en el caso de las trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones²⁴⁸.

Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización,

“... Una conclusión que puede extraerse del estudio precedente es que la caracterización del objeto de cobertura de la Seguridad Social en sus niveles contributivo y no contributivo, no constituye un criterio jurídico que sirva de denominador común a las situaciones protegidas y que también permita excluir del ámbito de cobertura otras situaciones. La configuración jurídica de las situaciones protegidas no basta por sí sola para delimitar el ámbito objetivo de cobertura del sistema, desde el momento en que existen situaciones similares que no resultan incluidas en la protección. En otras palabras, hemos visto que el riesgo a que atiende la Seguridad Social contributiva es la posibilidad de que acaezca un hecho futuro e incierto, de carácter individual y personal, y de naturaleza económica; sin embargo, no todo riesgo que reúna dichas características estará integrado en el ámbito de cobertura de la Seguridad Social contributiva. Dependerá de su tipificación por el legislador ordinario. La misma conclusión es extensible a la Seguridad Social no contributiva.

Son razones de índole social, económica y política las que condicionan la conformación del ideal de cobertura en cada momento. Desde dicha premisa se hace forzoso concluir que toda labor de identificación unívoca del objeto de cobertura a partir de un criterio jurídico de delimitación de las situaciones protegidas resulta inexorablemente infructuosa ...”.

²⁴⁸ Castro Arguelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 361 y ss.

“... El que a esta prestación se la haya calificado como no contributiva puede hacernos dudar de compatibilidad, en particular del incremento de la duración del subsidio no contributivo en 14 días naturales en los casos previstos en el artículo 17 del Real Decreto, con las prestaciones familiares no contributivas, y en concreto con la prestación de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo (art. 185 LGSS), especialmente porque algunas de las circunstancias que determinan la ampliación del subsidio se han utilizado para delimitar el hecho causante de las prestaciones familiares. Con todo no existe ninguna restricción expresa al respecto que mantenga la incompatibilidad ...”.

se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El derecho al subsidio por maternidad en este nivel de protección de la Seguridad Social, no contributivo, se inicia a partir del día del parto.

a) Requisitos de acceso.

Para acceder a este tipo de subsidio por maternidad, es necesario la convergencia de los mismos requisitos para acceder al subsidio contributivo, excepto el período mínimo de cotización, caso en el cual, la trabajadora tendrá derecho a este tipo de subsidio de carácter no contributivo durante los cuarenta y dos días naturales siguientes al parto y legalmente establecidos.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que: *“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”*

A diferencia de las prestaciones no contributivas, este subsidio especial, en su duración inicial no exige situaciones de necesidad, se reconoce en caso de parto a todas las trabajadoras que no reúnan los requisitos de cotización necesarios para acceder al subsidio general, cualquiera que sea su situación económica²⁴⁹.

²⁴⁹ Tortuero Plaza, J.L. “50 Propuestas para Racionalizar la Maternidad y Facilitar la Conciliación Laboral.” Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2006, pág. 99.

El autor resalta en su texto Las medidas, los planes, los instrumentos que permiten la integración de la vida familiar, personal y laboras, exigen un nuevo contrato social cuyos destinatarios son todos, sin exclusión. No pueden ser planes destinados a que las "mujeres trabajadoras" concilien, sino destinados a los padres y a las madres, debiendo contribuir a forzar el cambio de roles estereotipos en términos de corresponsabilidad. De la misma forma, los instrumentos de conciliación no deben repercutir negativamente en sus titulares, menoscabando sus derechos laborales y de seguridad social, lo que hace preciso buscar nuevos equilibrios.

A tal fin, será de aplicación el mecanismo de la invitación al pago previsto en el artículo 28.2 del Decreto 2530/1970, de 20 de agosto²⁵⁰, cualquiera que sea el

Igualmente deben ir destinados a los empresarios, singularmente a los pequeños y medianos empresarios, en la medida en que son los principales receptores de los instrumentos conciliadores. En este orden, sería una nueva equivocación, trasladar al empresario los costes de los instrumentos, en la medida en que las exigencias de productividad y competitividad en un mundo globalizado y de libre comercio, podrían producir un efecto negativo. Por último, el papel de los poderes públicos es esencial, tanto en la función legislativa, redistribuidora y promocional, como en la función de dinamizador del nuevo contrato social. Con esta vocación, se plantea la reforma de la maternidad, el riesgo durante el embarazo, la excelencia pro cuidado de hijos..., se propone la creación de una prestación básica de maternidad como derecho de ciudadanía, de un permiso de paternidad obligatorio, de una prestación única para el padre y la madre, la potenciación de cuidadores familiares, medidas de apoyo a los empresarios, singularmente a las PYMES y a los autónomos...

²⁵⁰ Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Art. 28.2. Es asimismo condición indispensable para tener derecho a las prestaciones a que se refieren los apartados a a e del número 1 del artículo anterior con excepción del subsidio de defunción, que las personas incluidas en el campo de aplicación de este régimen se hallen al corriente en el pago de sus cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la correspondiente prestación. No obstante, si cubierto el período mínimo de cotización preciso para tener derecho a la prestación de que se trate se solicitara ésta y la persona incluida en el campo de aplicación de este régimen especial no estuviera al corriente en el pago de las restantes cuotas exigibles en la fecha en que se entienda causada la prestación la Entidad gestora invitará al interesado para que en el plazo improrrogable de 30 días naturales a partir de la invitación ingrese las cuotas debidas.

²⁵⁰ Real Decreto 295/2009,

“Artículo 16: Prestación económica. 1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora diaria, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

3. Con independencia de lo establecido en los dos apartados anteriores, la base reguladora se actualizará cuando se produzca un incremento de la base de cotización, como consecuencia de una elevación de los salarios de los trabajadores en virtud de disposición legal, convenio colectivo o sentencia judicial, que retrotraiga sus efectos económicos a una fecha anterior a la del inicio del descanso por maternidad. En tal supuesto, si la base reguladora resultase de cuantía superior al IPREM vigente en ese momento, se tomará éste para determinar la cuantía del subsidio.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo.

4. La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando, de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del

régimen de la Seguridad Social al que la interesada estuviese incorporada en el momento de acceder al subsidio.

b) Base reguladora y cálculo del subsidio.

La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 por 100 del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM)²⁵¹ vigente en cada momento.

No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Como ya dijimos, su cuantía es igual al cien por cien de la renta de efectos múltiples IPREM (17,75 euros/día²⁵²), salvo que la base reguladora diaria establecida para la incapacidad temporal sea inferior, en cuyo caso se ha de estar a la misma.

Por otra parte, el hecho de que se financien este tipo de prestaciones, con aportaciones estatales, al Presupuesto de Seguridad Social, no ha impedido que al establecer una cuantía, se haya querido mantener un cierto “paralelismo” con el cotizado por la trabajadora²⁵³. De hecho, aunque inicialmente el artículo 133

mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última base...”

²⁵¹ El Indicador Público de Renta de Efectos Múltiples (IPREM) es un índice empleado en España como referencia para la concesión de ayudas, becas, subvenciones o el subsidio de desempleo entre otros. Este índice nació en el año 2004 para sustituir al Salario Mínimo Interprofesional como referencia para estas ayudas.

²⁵² IPREM 2011, 2012 y 2013 No varía, y se ha fijado por la Ley 39/2010 de 22 de diciembre, Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2011. Así mismo en el Real Decreto 1717/2012 de 28 de diciembre, por medio del cual se fija el salario mínimo interprofesional, se confirman los valores del IPREM, que continúan siendo los mismos de los años 2011 y 2012. Esto es 17,75 Euros por día, 532,51 Euros por mes, y 6.390,13 Euros por año.

²⁵³ En sentido Pérez Alonso, M.A., “Informe sobre el Real Decreto 295/2009”, Ed. Aranzadi Social, núm. 3, 2009, pág.130.

septés fija la cuantía de este subsidio especial, en el cien por cien del IPREM, se trata de un límite máximo, puesto que cuando la base de cotización de la trabajadora sea inferior al IPREM, será aquella la que se tome como base para el cálculo²⁵⁴.

En caso de parto y si la madre reúne todos los requisitos menos el período mínimo de cotización, la cuantía de la prestación será igual al cien por cien del Indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, así lo establece el artículo 16 del Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo²⁵⁵.

c) Duración.

Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto²⁵⁶.

²⁵⁴ Castro Argüelles, M.A., “El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos”, en: “Mujer, Trabajo y Seguridad Social” Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 365-369.

²⁵⁵ Real Decreto 295/2009, Artículo 6: “Prestación económica.

1. La cuantía diaria de la prestación será igual al 100 % del indicador público de renta de efectos múltiples diario (IPREM) vigente en cada momento.

2. No obstante, si la base reguladora diaria, equivalente a la que esté establecida para la prestación por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

Asimismo, cuando se trate de trabajadoras a tiempo parcial, si la base reguladora, resultante de dividir la suma de bases de cotización acreditadas durante el año anterior al hecho causante entre trescientos sesenta y cinco, fuese de cuantía inferior, se tomará ésta.

El subsidio podrá reconocerse mediante resolución provisional por el Instituto Nacional de Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y, posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso, en los términos previstos en el apartado 2 de este artículo ...”

²⁵⁶ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. “... Artículo 17 numeral 1. Se tendrá derecho al subsidio por maternidad previsto en esta sección a partir del día del parto ...”.

La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto. Dicha duración se incrementará en catorce días naturales en los siguientes casos:

- a) En familia numerosa o que adquiera dicha condición.
- b) En familia monoparental.
- c) En parto múltiple, igual o superior a dos.
- d) Padre y madre afectados por una discapacidad igual o superior al 65% o judicialmente declarados incapaces.

Para que se reconozca el derecho a esta prestación en el nivel no contributivo, es necesario que la entidad gestora inicie de oficio el procedimiento para el reconocimiento de la prestación, cuando disponga de los datos suficientes para ello, debiendo comunicar a la interesada dicha circunstancia en el plazo de quince días contados desde el día siguiente al del hecho causante.²⁵⁷

El Director provincial de la entidad gestora donde se haya presentado la solicitud dictará resolución expresa y la notificará a la interesada en el plazo de treinta días, contados desde la recepción de la solicitud.

No obstante lo anterior, el subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional del Instituto Nacional de la Seguridad Social, con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a dichas bases la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descanso o del permiso, en cuyo momento, se emitirá la resolución definitiva con el recálculo del subsidio que corresponda.

²⁵⁷ www.seg-social.es

Excepcionalmente, será necesario presentar un certificado de la empresa en el que conste la correspondiente base de cotización, que será la que se considere a efectos del cálculo de la prestación, en los supuestos siguientes:

- a) Cuando se hubiera iniciado la actividad en la empresa en el mismo mes o en el anterior al del hecho causante.
 - b) Cuando la trabajadora esté contratada a tiempo parcial y no sea posible determinar la base reguladora.
 - c) En los casos en los que las empresas hayan sido autorizadas por la TGSS a diferir el ingreso de las cuotas con posterioridad.
- d) Reconocimiento del derecho, gestión y pago del subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.**

d.1) Reconocimiento del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El subsidio podrá reconocerse mediante Resolución provisional por el Instituto Nacional de la Seguridad Social con la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativa del sistema hasta tanto en cuanto no esté incorporada la base de cotización derivada de contingencias comunes del mes anterior al inicio del descaso o del permiso, en cuyo momento se emitirá la Resolución con el recálculo que corresponda²⁵⁸.

²⁵⁸ Sáenz Merino, Ángel R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs.. 735 y ss.

El manual básico de seguridad social tiene como objetivo principal el colaborar a divulgar el sistema de la seguridad social que, como todo sistema, se caracteriza por su complejidad técnica, jurídica, económica, social o política. se dirige a cualquiera que tenga la necesidad de conocer nuestro sistema de seguridad social: estudiantes, trabajadores por cuenta ajena y cuenta propia, opositores, graduados sociales, gestores administrativos, directores de recursos humanos, formadores, consultores, psicólogos, empresarios, sindicatos, etc.

De igual modo, procederá la actualización de la base reguladora en los casos en que para el cálculo del subsidio se haya tomado la última base de cotización que conste en las bases de datos corporativas del sistema y posteriormente, se compruebe que ésta no coincide con la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes anterior al del inicio del descanso o permiso.

La obligación de cotizar continuará durante la percepción del subsidio de naturaleza no contributiva. A tal efecto, cuando de acuerdo con la normativa aplicable, la entidad gestora deba descontar del importe de la prestación la cuota correspondiente a la trabajadora, determinará su cuantía sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si durante la situación de maternidad, dicha base de cotización resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional o de la trabajadora, se aplicará esta última base²⁵⁹.

El derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años, contados desde el día siguiente a aquél en que se produce el hecho causante.

d.2) Gestión y pago de la prestación por maternidad en el nivel no contributivo.

Al igual que en el nivel contributivo, la gestión y pago del subsidio por maternidad en este nivel no contributivo, se gestionará así:

- 1) El subsidio será gestionado directamente por el INSS o por el ISM, si se trata de trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar.

La obra se estructura en 15 capítulos y analiza el sistema desde sus antecedentes históricos hasta la configuración actual, desde quiénes son los sujetos protegidos hasta qué prestaciones otorga, desde las formas de constitución de las relaciones jurídicas complejas hasta el análisis de la estructura de gestión, desde el estudio de su financiación hasta la disgregación de cada situación protegida y los mecanismos para superar los efectos de su actualización

²⁵⁹ González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992, pág. 121 a 159.

Las mutualidades podrían haberse encargado de la gestión de este subsidio no contributivo, pero por razones netamente políticas, tal gestión se ha dejado en manos del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

- 2) El pago será realizado directamente por la Entidad gestora, sin que quepa fórmula alguna de colaboración en la gestión por parte de las empresas, y por períodos vencidos.
- 3) En el momento de hacer efectivo el subsidio, se descontará del importe del mismo:
 - a) La cuota correspondiente a la trabajadora, ya que se mantiene la obligación de cotizar, cuya cuantía se determinará sobre la base de cotización del mes anterior al del parto; si dicha base resultara inferior a la base mínima de cotización del grupo de categoría profesional de la trabajadora, se aplicará esta última, y
 - b) La retención por IRPF.

e) Extinción del derecho al subsidio por maternidad en el nivel no contributivo.

El derecho al subsidio no contributivo se extinguirá:

- a) Por el transcurso del plazo de duración establecido.
- b) Por el fallecimiento de la beneficiaria.
- c) Por reconocerse a la beneficiaria una pensión de incapacidad permanente.

En este aspecto, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea²⁶⁰, señala con carácter general, que debe tenerse en cuenta por los beneficiarios de este tipo de

²⁶⁰ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo 2011, rec. C-537/2009.

protección por parte de la Seguridad Social, que el disfrute de las prestaciones de carácter asistencial (No contributivo) que se encuentren estrechamente vinculadas al entorno social puede condicionarse a la residencia del beneficiario, y por tanto el derecho puede extinguirse por el cambio de residencia a un país distinto.

El derecho al subsidio podrá ser denegado, anulado o suspendido²⁶¹:

- a) Cuando la beneficiaria hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar el subsidio.
- b) Cuando la beneficiaria trabajara por cuenta propia o ajena durante la percepción del subsidio.

2.7. RENUNCIABILIDAD A LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS NORMATIVAS COLOMBIANA Y ESPAÑOLA.

Ahora bien, es preciso señalar el carácter renunciable de este descanso voluntario, y para ello, nos disponemos a exponer el tema de la renunciabilidad a esta prestación de la Seguridad Social.

A lo largo del presente trabajo, se han tratado los temas fundamentales que se desarrollan en la licencia de maternidad como prestación derivada de la Seguridad Social, pero no se ha hecho mención alguna, a la renunciabilidad a este derecho.

Algún sector de la doctrina científica, ha apuntado que la suspensión por maternidad biológica no puede quedar a la nuda voluntad de la mujer trabajadora,

²⁶¹ Fernández Domínguez, J.J., "La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 1999, pág. 135-136.

"... Los períodos de percepción del subsidio se corresponderán con los períodos de descanso que, en esos casos, serán los no ocupados por la jornada a tiempo parcial o por los empleos o actividades que no dan lugar al subsidio ...".

y que la renuncia del derecho a la suspensión del contrato de trabajo, en este caso, afecta tanto a la potencial renunciante, que es la mujer, como al recién nacido; se ha hablado de “renuncia en perjuicio de un tercero”²⁶²

En nuestra opinión, y tanto en la legislación colombiana, como en la española, por tratarse de una prestación de índole social, con contenido económico y sanitario, esta prestación supone tácitamente su carácter de renunciable, si la trabajadora así lo decide, y se reincorpora anticipadamente a su actividad laboral. Resaltando que se puede renunciar a este derecho, una vez transcurrido y disfrutado el periodo obligatorio.

Como se ha visto, el legislador español de 1999, y el legislador colombiano de 1993, han considerado como opción más apropiada para proteger los bienes jurídicos del momento actual, fijar un descanso obligatorio para la madre correspondiente a las seis semanas inmediatamente posteriores al parto y flexibilizar el disfrute de las restantes diez semanas, período al que se otorga el carácter de voluntario. Es decir, la madre siempre que respete el periodo de descanso obligatorio y no renunciable, podrá decidir acortar el resto de su duración total, transfiriendo al padre la totalidad o parte del periodo voluntario, o bien, renunciando a su disfrute.

De la misma manera, con posterioridad al inicio de la licencia, y una vez disfrutado el descanso obligatorio, la trabajadora que hubiera previsto una fecha concreta de reincorporación, podrá si así lo decide, reincorporarse anticipadamente. Es de anotar que el descanso obligatorio, solo procede para los casos de maternidad biológica, por tratarse del restablecimiento de la salud de la madre que acaba de dar a luz y de garantizar el bienestar del recién nacido, por lo

²⁶² Torrente Gari, S., “La Mujer y la Protección Social”, Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999, págs.. 185 y ss.

“... Teniendo en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho y una prestación económica que tiene unos objetivos, los cuales no son otros que la recuperación de la madre y el adecuado cuidado de ésta para con el menor recién nacido, se considera que no es posible renunciar a ella, pues se trata de un derecho irrenunciable que hace parte de la Seguridad Social ...”.

cual en los casos de maternidad biológica, por acogimiento, y/o por tutela no se aplica este tipo de descanso obligatorio.

El empresario no podrá obstaculizar su reincorporación por existir un cese de la causa suspensiva conforme a derecho. No obstante, será necesario que la trabajadora dé a conocer al empresario esta situación, sin que quepa exigir solemnidad alguna o aportar documentación fehaciente.

En conclusión, podemos señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como a la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admiten que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente puesto que tales prestaciones se disfrutaban a petición de los interesados, y por ende, no se impone a los potenciales beneficiarios, que son los que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario²⁶³.

2.8. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR MATERNIDAD EN LA ADOPCIÓN Y ACOGIMIENTO EN LAS LEGISLACIONES DE COLOMBIA Y ESPAÑA.

Como ya se ha mencionado, ambas normativas en la materia realizan una selección unitaria de la prestación económica por maternidad, adopción y acogimiento. A pesar de tratarse de supuestos materialmente distintos, la regulación de la materia, corre de forma paralela, sin que los legisladores hayan considerado preciso establecer diferencias notables en el régimen jurídico de cada una de las contingencias que protege la prestación. En concreto, las únicas especialidades que ofrece la regulación de la prestación económica por adopción, pueden calificarse de inevitables, como es el caso del inicio del disfrute del derecho, en caso de adopción la fecha de la resolución judicial por la que se constituye en lugar del momento del parto.

²⁶³ Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, ed. Cinca, Madrid, 2012, págs.134-135.

La opción normativa, que pretende homogeneizar los derechos de seguridad social de padres biológicos y adoptivos, en defensa en ambos casos de los intereses de los menores, debe ser valorada positivamente; la protección a la familia no debe hacer diferencias en el contenido de los derechos, a partir de la naturaleza del vínculo entre padres e hijos, las políticas de conciliación de la vida profesional y familiar tampoco. Pero dicho esto, conviene tener presente que, en ocasiones, y quizás estemos ante un ejemplo nítido, la fijación de un mismo régimen jurídico para realidades materialmente diversas no sólo no garantiza la igualdad de derechos de los sujetos afectados por la norma, antes al contrario la unidad de tratamiento puede producir efectos perversos cuando alguno de las características diferenciadoras que afectan a los supuestos normados se revela como un incentivo capaz de generar un mejor derecho.

Es evidente que el nacimiento de un hijo es un hecho de características notablemente diversas a las que presenta el proceso legal de adopción de un menor. A los efectos de este comentario, es preciso citar algunas que, no habiendo sido tenidas en cuenta por el legislador, pueden convertirse en obstáculo para materializar la igualdad de derechos de padres biológicos y adoptivos.

De vital importancia resulta comentar, que en el caso de la prestación por maternidad biológica, la convivencia previa entre hijo y progenitores es simplemente un hecho imposible. Por el contrario, en caso de prestación de maternidad por adopción, ambas realidades cobran una nueva dimensión; es posible la adopción de adolescentes con que previamente se ha podido convivir años.

Este tratamiento igualitario de la adopción frente a la maternidad biológica en ambas legislaciones, constituye un avance normativo importante , ya que durante muchos años, la prestación por maternidad sólo se reconocía a las madres biológicas, situación que actualmente sería completamente discriminatoria, ya que la ley concede igualdad legal a los hijos adoptados y acogidos, frente a los hijos biológicos.

2.9. EL REQUISITO DE LA CONVIVENCIA EN LA ADOPCIÓN.

En el supuesto específico de la adopción, la función protectora del menor y de la madre adquiere mayor protagonismo frente al resto de objetivos, pues si el menor ha sido adoptado en sus primeros meses de vida, el permiso puede cumplir un papel similar al del supuesto de maternidad biológica, mientras que si se produce con posterioridad, el permiso tiene por objeto que los padres puedan acompañar al menor en el proceso de adaptación a su nuevo entorno familiar y social²⁶⁴. Cabe preguntarse si por razones coyunturales, esta necesidad ha sido cubierta sin acudir al sistema de Seguridad Social, el derecho a la prestación por maternidad por adopción, mantiene su vigencia.

- A) Se observa ahora el caso de que se haya percibido la prestación económica por la madre biológica, pero que posteriormente, su hijo(a) se encuentre en situación de adoptado(a). En este aspecto, nos permitimos señalar que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid²⁶⁵, denegó la prestación por maternidad, a una mujer que había adoptado a su nieta, ya que la madre biológica e hija de la adoptante había sido declarada interdicta judicialmente, y por tanto no podía hacerse cargo de su menor hija, con la cual, la adoptante ya convivía. El Tribunal, denegó el derecho a percibir la prestación, aduciendo que con antelación a la adopción por parte de su abuela, la madre biológica que aún no se encontraba declarada interdicta, había disfrutado de la prestación por maternidad, y que la convivencia previa entre abuela y nieta, desconfiguraba el objetivo de la licencia por maternidad en casos de adopción, que no es otro que el de la integración del menor a la nueva unidad familiar.

²⁶⁴ González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009, p. 207.

"... La equiparación legal de la maternidad biológica a la maternidad por adopción, permite la integración del nuevo miembro al núcleo familiar, tanto en casos biológicos, como en casos de adopción, e iguala ambos tipos de maternidades, otorgándoles las mismas prerrogativas"...

²⁶⁵ Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431)

- B) Sin embargo, en sentido opuesto, la Sentencia del TSJ de Cataluña²⁶⁶, reconoció la vigencia en el tiempo de esta prestación en casos de adopción, y señaló que el hecho de la convivencia previa a la adopción no significa que el adoptante pierda el derecho a la prestación por maternidad. Caso en el cual, el recurrente y adoptante del menor, llevaba conviviendo por más de siete años con el adoptado, y el Tribunal indica que la Ley no establece una edad específica, ni un criterio de necesidad, pues hace referencia al disfrute sin prever que existan casos en donde haya una convivencia previa entre adoptante y adoptado, lo cual se traduce en el reconocimiento del derecho a la prestación por maternidad por parte del adoptante.
- C) En la misma línea, la Sentencia del TSJ de Islas Baleares²⁶⁷, reconoce la prestación por maternidad a la adoptante de la hija menor de su cónyuge, tras un periodo importante de convivencia previa, adujo la parte demandada, en este caso, el INSS, que en los casos de adopción y acogimiento, la situación que motiva su protección por la Seguridad Social, es la pérdida de ingresos que se produce como consecuencia de la suspensión de su contrato laboral por parte de quien adopta, a efectos de facilitar la integración familiar del menor, y que en el caso de la actora, al ser adoptada la hija de su cónyuge, no existe tal situación de necesidad, ya que se refiere a los casos en que el menor es adoptado e incluido al hogar por primera vez, que no es el caso en cuestión. Al respecto, el Tribunal señala, que dicha tesis expuesta por el INSS, carece de base legal que la sustente y supone una interpretación restrictiva del art. 133 bis de la LGSS, incompatible con el carácter tuitivo del Sistema de la Seguridad Social, el cual opera ante situaciones de necesidad abstracta, sin exigir del beneficiario que acredite su concurrencia efectiva. La Ley presume que en los supuestos de hechos normativos la situación de necesidad normalmente se produce, pero no contempla mecanismos que faculten

²⁶⁶ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930)

²⁶⁷ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

para dejar de prestar la protección que regula en las hipótesis singulares en que la necesidad no surge realmente.

D) Por otra parte, la regulación de la prestación por maternidad, y las concordantes relativas a los permisos de trabajadores por cuenta ajena y empleados públicos por la misma causa, permiten sostener, que la voluntad del legislador es que exista una sola prestación y un solo permiso por cada persona nacida o adoptada; sin embargo, como ya se ha visto, no se ha tenido en cuenta que con la regulación actual, resulta plenamente lícito, que habiendo disfrutado de la prestación por maternidad por parto un progenitor, en caso de adopción posterior o simultánea, pueda reiterarse el disfrute de la prestación por maternidad, por parte de la madre o padre adoptivo, que en no pocas ocasiones es cónyuge del anterior. En este supuesto la prestación por maternidad, resulta doble, sin que quede suficientemente claro que la voluntad del legislador haya sido promover por esta vía la adopción o si, por el contrario, se trata de un efecto regulatorio indeseado.

La problemática planteada en los apartados anteriores planea sobre el supuesto de hecho que las sentencias comentadas resuelven, lo que de alguna manera pone de manifiesto las dudas interpretativas que la regulación aplicable ofrece. Las nuevas realidades familiares ponen en evidencia las debilidades de una escasamente cuidada regulación, la relativa al régimen jurídico del permiso y de la prestación económica de la Seguridad Social, de maternidad por adopción, en la que en mi opinión, ha pesado excesivamente la voluntad política de promocionar las adopciones, mediante la técnica de homogeneizar el tratamiento jurídico de la maternidad biológica con la institución de la adopción, sin que haya sido observado suficientemente el rigor técnico en todo caso exigible.

Tanto para el TSJ de Cataluña²⁶⁸, como para el TSJ de Islas Baleares²⁶⁹, la cuestión relevante es si existe o no derecho a la prestación por maternidad, en

²⁶⁸ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

²⁶⁹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197)

caso de adopción por parte de uno de los integrantes de la pareja cuando previamente ha habido un relevante periodo de convivencia entre adoptante y adoptado. La estimación del recurso y por tanto el derecho al reconocimiento o no de la prestación por maternidad, se argumenta a continuación.

- a) En primer lugar, se tiene en cuenta el hecho de cumplir con los requisitos legalmente establecidos en el art. 133 ter LGSS (encontrarse en alta y contar con el número de semanas cotizadas requerido).
- b) En segundo lugar, se sostiene la inexistencia de requisito legal alguno relacionado con la convivencia entre adoptante y adoptado, afirmación que tampoco cabe refutar a partir de la lectura de los preceptos aplicables.
- c) En tercer lugar, se señala que si tal requisito existiese, es decir la convivencia previa impidiese el disfrute del derecho, un buen número de supuestos de adopción carecerían de la protección del sistema en esta materia, citando los previstos en los apartados 1,2 y 3 del art. 176 CC.
- d) Y por último, disfrutada la maternidad por acogimiento no parece ajustado plantear el derecho a una nueva prestación, cuando se produce la posterior adopción, coincidiendo beneficiario y sujeto causante es claro que se trata del mismo derecho.

Tampoco resulta relevante para el fallo²⁷⁰ el hecho de que la madre biológica hubiese disfrutado en su momento de permiso de maternidad, pues en opinión de ambos Tribunales, la maternidad y la adopción, son hechos sucesivos y diversos, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción, y vale la pena añadir, que aunque coincida el hecho causante, no sucede lo mismo con los receptores de la prestación.

²⁷⁰ Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016)

Por otra parte, de la lectura de los arts. 48.4 ET y 30.3 Ley 30/1984 se evidencia la preocupación del legislador por asegurar que un mismo sujeto causante no genere el doble derecho de sus progenitores a la prestación por maternidad, la cuestión es que la regulación de la prestación por maternidad, parto, adopción y acogimiento, se realiza de manera sucesiva e independiente, ignorando que en la práctica, esta trilogía de hechos causantes, puede materializarse, y de hecho se da, respecto de un mismo sujeto causante y de manera cruzada. Pero como dice una de las sentencias²⁷¹ que se analiza, con la norma vigente, parto y adopción son hechos causantes diversos que generan derechos independientes a la prestación por maternidad, aunque compartan idéntico sujeto causante.

Visto lo anterior, según la doctrina jurisprudencial que exponemos, la posibilidad de rechazar el derecho del adoptante únicamente puede sustentarse en un arriesgado ejercicio interpretativo que, forzando la literalidad de la norma, identifique como fin último de la misma garantizar materialmente la convivencia intensiva entre adoptivo y adoptante durante el período que dura la prestación, espíritu que no solo impregna, sino que justifica la regulación legal. La posición del INSS se sustenta en el hecho de que la protección que se otorga al menor a través de la prestación económica, tiene por objeto favorecer la integración del menor en su nueva familia y en su entorno social; para ello, se facilita el contacto humano entre adoptante y adoptado durante un largo período en el que al primero se le exime de sus obligaciones laborales.

De esta forma, la necesidad económica es tributaria de la necesidad del menor, si el menor precisa superar un proceso de adaptación a la familia, la prestación por maternidad por adopción, cumple el objetivo previsto en la ley, si por el contrario el menor, ha superado con creces esta etapa, la prestación no tiene sentido²⁷².

²⁷¹ Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

²⁷² En el mismo sentido, la STS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428), la STSJ de Cataluña de 20 de febrero de 2009 (AS 2009, 2016) y la STSJ de Islas Baleares de 30 de octubre de 2006 (AS 2006, 3197).

Como ya se ha dicho, la protección por maternidad que ofrece el sistema es plural, ya que goza de contenido sanitario y económico. Se pone por caso el supuesto de maternidad biológica, se está ante tres necesidades que discurren en paralelo: la ausencia de salario, la recuperación de la salud de la madre y la necesidad de generar el núcleo de afecto entre los padres y el neonato. ¿Tendría derecho a compartir el permiso de maternidad un padre que residiese permanente lejos del hogar familiar? En este supuesto, la necesidad está presente, pero la función protectora de la norma es defraudada. En el caso de la legislación española, si la convivencia se ha prolongado durante años, la satisfacción de la necesidad del menor a la que debe dirigirse la normativa aplicable se satisfizo con anterioridad, por lo que la extensión del derecho no cumple los objetivos establecidos en la norma.

Con todo, el TSJ de Islas Baleares, ha preferido asumir una posición más garantista, reconociendo el derecho a la madre adoptiva acreditada la convivencia familiar, lo que supone realizar una interpretación literal de la norma, y de los requisitos que deben superarse para acceder al derecho. La interpretación de la Sala opta por facilitar la promoción de las adopciones, pero sobre todo, promociona una figura muy determinada, la adopción del hijo del cónyuge, supuesto en el que por un mismo sujeto causante el progenitor adoptivo puede disfrutar de la totalidad del permiso, incluso cuando ha habido convivencia previa, sin perjudicar el derecho del otro progenitor.

Por su parte, la legislación colombiana, no establece la convivencia previa con el adoptado, como un requisito para llevar a cabo la adopción, aunque en casos concretos, cuando el menor ha quedado bajo la custodia temporal de algún familiar, y éste último opta por la adopción posterior, dicha convivencia previa, se valora al momento de decidir si se concede la adopción legal o no.

2.10. EL DISFRUTE DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

2.10.1 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Colombiano.

Tal y como se ha comentado con antelación, la legislación colombiana establece que el disfrute de la licencia por maternidad se dividirá en dos segmentos, el primero de ello correspondiente a la licencia preparto (dos semanas con anterioridad a la fecha probable del parto) y el segundo a la post parto, (doce semanas a partir de la fecha del parto o trece, en caso de no haber tomado la semana preparto), que como ya se mencionó, dicha división, se ha hecho con el objeto de proteger el restablecimiento de la salud de la madre.

A cerca del momento del disfrute, la normativa no señala la opción de disfrutarla a tiempo parcial, como si lo hace la legislación española.

2.10.2 El disfrute de la Licencia de Maternidad en el Sistema de Seguridad Social Español.

Una de las principales reformas que introdujo la Ley 39/1999, en materia de suspensión del contrato de trabajo, por maternidad, fue la posibilidad de disfrutar de la misma a tiempo parcial, es decir, al mismo tiempo que se desarrolla una “suspensión” del contrato de trabajo por maternidad, adopción o acogimiento, el beneficiario puede seguir desarrollando su trabajo durante un determinado número de horas.

Por lo tanto, existe la posibilidad de que a partir de las seis semanas de descanso obligatorio ininterrumpido, la madre acuerde con la empresa disfrutar el resto del periodo de descanso de forma parcial, reduciendo la duración de su jornada laboral. Es decir, después de las seis semanas obligatorias a tiempo completo, si se quiere, se puede comenzar a trabajar a tiempo parcial durante veinte semanas,

convirtiendo las diez semanas a tiempo completo en veinte, trabajando la mitad de la jornada.

Para que esto ocurra es necesario que la empresa y el trabajador alcancen un acuerdo. Esta posibilidad existe también en el caso del permiso por paternidad.

Señalan Manuel Alonso Olea, y José Luis Tortuero Plaza, que el disfrute a tiempo parcial, se ajustará a las siguientes reglas:

- A) Podrá ejercitarse por el padre y/o la madre y extenderse a la totalidad o parte del periodo de descanso o licencia, salvo el obligatorio²⁷³ que será siempre a tiempo completo.
- B) El tiempo de disfrute se ampliará proporcionalmente en función de la jornada que se realice, será ininterrumpido y su régimen sólo modificable por nuevo acuerdo.
- C) La base reguladora de la prestación se reducirá en proporción inversa a la reducción que haya experimentado la jornada²⁷⁴
- E) El disfrute del permiso será ininterrumpido. Una vez acordado, sólo podrá modificarse mediante nuevo acuerdo entre el empresario y el trabajador afectado, a iniciativa de éste y por causas relacionadas con su salud o la del menor²⁷⁵.

²⁷³ Sentencia del TSJ de la Rioja de 11 de Mayo de 1992 (AS /1992/2485)

“... Resulta patente que la trabajadora en caso de maternidad múltiple, debe disfrutar de descanso puerperal de seis semanas, pudiendo distribuir a su opción las otras de forma ininterrumpida hasta completar el máximo de dieciséis, e incluso reducir este periodo suspensivo, dado su carácter voluntario”...

²⁷⁴ Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Madrid, 2002, págs. 288 y ss.

²⁷⁵ En este aspecto, la Ley de medidas urgentes de reforma al mercado de trabajo (Ley 12/2001, de 09 de Julio), ha introducido una excepción al carácter ininterrumpido del disfrute de la licencia por maternidad, en los supuestos específicos de nacimiento de hijos prematuros, o que requieran hospitalización tras el parto. Esta excepción consiste en la posibilidad de disfrutar el subsidio por maternidad a partir de la fecha del alta hospitalaria de los menores, una vez transcurridas las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de trabajo de la madre. (Ley 12/2001 de 09 de Julio). Tal excepción no quebranta el

- F) Durante el período de disfrute del permiso de maternidad o paternidad a tiempo parcial, los trabajadores no podrán realizar horas extraordinarias, salvo las necesarias para prevenir o reparar siniestros y otros daños extraordinarios y urgentes.

- G) El tiempo en el que el trabajador preste servicios parcialmente tendrá la consideración de trabajo efectivo, manteniéndose suspendida la relación laboral durante el tiempo restante. No serán de aplicación a este supuesto las reglas establecidas para el contrato a tiempo parcial en el art. 12 del ET y sus normas de desarrollo.

- H) Si el trabajador es beneficiario de la prestación por desempleo de nivel contributivo y la compatibiliza con trabajo a tiempo parcial, cuando pase a las situaciones de maternidad o paternidad, tanto si se disfrutan en régimen de jornada completa como de jornada parcial, se suspenderá la prestación por desempleo en los términos establecidos en el art. 222.3 de la LGSS.

- I) Los permisos de maternidad y de paternidad a tiempo parcial serán incompatibles²⁷⁶

Así mismo, se ha de reflexionar sobre la naturaleza del mecanismo regulado en este caso de disfrute a tiempo parcial, y lo primero que debemos decir, es que esta modalidad de disfrute supone para el beneficiario la posibilidad de optar entre una verdadera suspensión del contrato de trabajo por maternidad (en caso de disfrute a tiempo completo, tal como lo señala el art. 48.4 ET), o una auténtica reducción de la jornada laboral, durante un lapso de tiempo equivalente al período resultante de ampliar el período de descanso en idéntica proporción que la reducción de la jornada. No se está, por tanto, ante una auténtica suspensión del

principio general de tracto continuado de la Directiva 92/85 de 19 de octubre, sino que supone una garantía de apoyo a la atención y cuidado del hijo (Art. 74 del R.D. 1251/2001).

²⁷⁶Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial:
http://www.segsocial.es/Internet_1/Trabajadores/PrestacionesPension10935/Maternidad/RegimenGeneral/NacimientoDelderech28304/6193

contrato de trabajo, sino ante una reducción de la jornada de trabajo de carácter temporal²⁷⁷, equivalente a la reducción regulada en el art. 37.5 ET, es decir, se trata de una simple reducción de jornada, que no convierte la relación laboral en un contrato laboral a tiempo parcial²⁷⁸

En definitiva, hay amplias posibilidades de disfrute a tiempo parcial, posibilidades que se ven limitadas fundamentalmente por la exigencia del acuerdo con el empresario, así como, por la necesidad de que el disfrute sea ininterrumpido y como es obvio, el disfrute de la licencia a tiempo parcial, supone una ampliación del período de descanso.

Podemos concluir entonces, que la regulación actual acerca del disfrute de la licencia por maternidad, a tiempo parcial, a pesar de encontrarse supuesto al cumplimiento de las reglas anteriormente descritas, da a la mujer la libertad para distribuir el descanso con los dos únicos límites a su autonomía de la voluntad, de que seis semanas posteriores al parto son obligatorias para la madre, y de que el disfrute tenga el carácter de ininterrumpido, esto último con las excepciones que señala la Ley 12/2001 de reformas urgentes al mercado de trabajo, que se mencionaron con anterioridad.

Dentro de estas limitaciones, la solución individualizada será la prevalente para la mujer, que graduará internamente los intereses propios y los de su hijo recién nacido, y decidirá la distribución, que integrándose a los límites establecidos por la norma, dé cumplimiento a los que para ella, sean intereses prioritarios en cada momento. A efectos prácticos, el empresario, no tendrá que aceptar la suspensión del contrato de la trabajadora, si en la distribución del tiempo de descanso, la mujer no le propusiera el disfrute de al menos de las seis semanas de descanso obligatorio, después del parto, o bien el periodo de descanso no tuviera el

²⁷⁷ Gorelli Hernández, J., "La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", RL número 24 de 1999, Valencia, 1999, pág. 25.

²⁷⁸ En el mismo sentido, Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, 2002, pág. 9.

carácter de ininterrumpido, condiciones obligatorias y limitantes únicas, como ya se expuso de la autonomía de la trabajadora.

En tal dirección, señala Pilar Núñez-Cortes, que “cuando la trabajadora disfruta del descanso en solitario, si no ha optado por disfrutar ninguna parte antes del parto, el disfrute ininterrumpido del periodo total tendrá forzosamente que realizarse después del parto. Y si ha optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, una vez se ha producido el alumbramiento, pasará sin solución de continuidad, sin interrupción, a disfrutar del resto”.²⁷⁹

Cabe señalar, que en este aspecto del disfrute de la prestación, solamente está previsto legalmente que en caso de disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, el descanso, puede disfrutarse en régimen de jornada también tiempo parcial, compatibilizándose el percibo del subsidio con una actividad laboral, sin que tenga porque alterarse la modalidad del contrato; y que en caso de pluriempleo, la compatibilidad de la baja de maternidad en un puesto de trabajo, con el desarrollo de la actividad laboral en el otro, se trata de supuestos distintos en los que no cabe la aplicación analógica de la norma ni una aplicación extensiva de la norma vía art. 3.1 del Código Civil²⁸⁰.

Así se expresa en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, de fecha 17 de junio de 2005, en la cual se concede la prestación por maternidad a una trabajadora pluriempleada, que adoptó una menor, y que se reintegró a su trabajo, antes del cumplimiento de las seis semanas obligatorias de disfrute de la licencia por maternidad. La trabajadora y demandante, señaló en su defensa, que optó por el disfrute de la licencia por maternidad a tiempo parcial, y que ello además de ser legal, no suponía ningún fraude, tal y como quiso hacerlo notar la parte demandada en este caso el INSS, a fin de negarle la prestación por

²⁷⁹ Nuñez-Cortes Contreras, P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora” pág. 116-120, Madrid, 2002.

²⁸⁰ Art. 3.1 C.C. “... 1. *Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas*”...

maternidad, a pesar de que la actora cumpliera con todos los requisitos para acceder a la misma.

Al respecto, y según lo señalado en la Exposición de Motivos de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de conciliación de vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, se indica que las modificaciones introducidas en esta materia trata de guardar un equilibrio para favorecer los permisos de maternidad y paternidad sin que ello afecte negativamente a las posibilidades de acceso al empleo, a las condiciones de trabajo y al acceso a puestos de especial responsabilidad de las mujeres, de suerte que, entre otras medidas, incorporó (en el artículo 48.5 y 30.3 de la Ley 30/1984) la posibilidad de que el período de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, tanto preadoptivo como permanente, pueda disfrutarse a tiempo parcial.

En la materia que se comenta, se recuerda que el R.D. 1251/2001, de 16 de noviembre²⁸¹ que desarrolla la contingencia de maternidad regulada en los artículos 133 bis, 133 ter, 133 quater y 133 quinquies (añadidos por el art. 33 de la Ley 42/1994 EDL 1994/19167)²⁸², contemplaba la posibilidad de disfrutar la prestación a tiempo parcial, lo que evidenciaba que el legislador no había considerado contrario a los intereses del menor, el que se compatibilice la prestación con el trabajo²⁸³.

El Tribunal Supremo, desestimó las pretensiones del INSS, y señaló que la actora reunía los requisitos para acceder a la prestación solicitada; y que además no

²⁸¹ Normativa vigente hasta el 01 de abril de 2009.

²⁸² Art. 133 quinquies LGSS: “El derecho al subsidio por maternidad podrá ser denegado, anulado o suspendido, cuando el beneficiario hubiera actuado fraudulentamente para obtener o conservar dicha prestación, así como cuando trabajara por cuenta propia o ajena durante los correspondientes períodos de descanso”.

²⁸³ En este aspecto, hace especial hincapié la exposición de motivos de la citada norma reglamentaria derogada, al destacar que la posibilidad introducida por el Real Decreto de disfrutar el descanso por maternidad a tiempo parcial, que permite compatibilizar el subsidio con una actividad laboral sin que se altere la modalidad contractual, medida con la que se pretende, entre otras cosas, posibilitar que las mujeres mantengan la vinculación con su puesto de trabajo, de forma que la maternidad no sea un obstáculo para su promoción profesional.

precisaba acuerdo con el empresario para el cual prestaba sus servicios como trabajadora a jornada completa, por cuanto, respecto a éste, el descanso se disfruta a jornada completa; la prohibición de compatibilizar la prestación con el trabajo no es absoluta, puesto que se permite compatibilizarla con una jornada a tiempo parcial; la prohibición de renuncia al derecho a la prestación en las seis primeras semanas se limita a los supuestos de parto -ex. art. 7.6 R.D. 1251/2001, que como ya dijimos es una normativa derogada actualmente; no existe perjuicio para la empresa ni para la Entidad Gestora.

Tampoco constituye un obstáculo que exista una regulación expresa para el pluriempleo en la prestación de riesgo para el embarazo y no para el descanso por maternidad, porque la primera implica la existencia de una dolencia incompatible con el trabajo o con algún trabajo en concreto, que hace necesaria la adopción por el legislador de medidas dirigidas tanto a evitar una utilización fraudulenta de esta figura, como un uso contrario a la protección que pretende, mientras que la maternidad, incluyendo el acogimiento, adopción o el disfrute del permiso por el padre, no supone la existencia de una limitación natural para el trabajo, excepto en el caso de parto y sólo para las seis primeras semanas²⁸⁴.

Procede a continuación preguntarse, ¿cuál es la referencia objetiva para distribuir los periodos de descanso?

Para resolver el interrogante antes planteado, se ha encontrado que la doctrina ha sido enfática al señalar como referencia objetiva de distribución de los periodos de descanso por maternidad, la fecha del parto, respecto a lo cual, Pilar Núñez-Cortes, afirma que “la duración de la suspensión del contrato y la distribución de los periodos de descanso se basan sobre un hecho de ocurrencia cierta, pero incierta respecto al momento exacto de su producción; el día del parto²⁸⁵”.

²⁸⁴ Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

²⁸⁵ Núñez-Cortes Contreras P., “La Licencia por Maternidad de la trabajadora”, Ed. Dikynson, Madrid, 2002, págs. 131 y ss.

Pero frente a tal afirmación, surge de nuevo un interrogante, y es ¿qué pasaría si el médico tratante, fija una fecha errónea para el parto?

Frente a esta nueva duda, cabe precisar que, tal y como lo plantea Núñez-Cortés, en este caso, se tendrá en cuenta :

- A) En caso de que la trabajadora no hubiera optado por disfrutar del descanso prenatal, no existiría ningún problema

- B) En el supuesto de que la mujer hubiera optado por disfrutar todo o parte del descanso voluntario antes del parto, cabría, a su vez, contemplar dos alternativas:
 - a) Si el parto es previo a la fecha señalada lo único que ocurre es que el resto del descanso voluntario se pospondrá, disfrutándose después del descanso puerperal obligatorio, sin alterar la duración global del descanso, ni de la prestación.

 - b) Si el parto es posterior a la fecha prevista, la jurisprudencia se inclina por entender que el descanso voluntario será prolongado hasta la verdadera fecha del parto, sin que la duración del descanso puerperal obligatorio deba ser reducida”.

Es de anotar, que esta solución se inspira en el Convenio número 103 de la OIT, que en su artículo 3.4 dispone que: *“Cuando el parto sobrevenga después de la fecha presunta, el descanso tomado anteriormente será siempre prolongado hasta la fecha verdadera del parto, y la duración del descanso puerperal obligatorio, no deberá ser reducida”*

En estricto sentido, lo plantea también el artículo 4.5 del Convenio núm. 183 de la OIT que tiene un contenido similar, al referirse a que:

“El periodo prenatal de la licencia de maternidad debe prolongarse por un periodo equivalente al transcurrido entre la fecha presunta del parto y la fecha en que el parto tiene lugar efectivamente, sin reducir la duración de cualquier periodo de licencia obligatoria después del parto”

CAPÍTULO 3: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LOS REGÍMENES ESPECIALES.

Como ya se ha comentado anteriormente, tanto en el Sistema de Seguridad Social colombiano, como en el español, existen dos regímenes de afiliación y cotización a la Seguridad Social, el primero de ellos ya ampliamente abordado, corresponde al régimen general y el segundo de ellos, que nos disponemos a analizar hace referencia a los regímenes especiales existentes en ambas legislaciones.

3.1. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.

Como ya se ha mencionado, el Sistema General de la Seguridad Social en Colombia, tiene dos objetivos principales:

- 1) Regular el servicio público esencial de salud.
- 2) Crear condiciones de acceso al servicio para toda la población en todos los niveles de atención.

Dicho sistema general de Seguridad Social, se conforma a su vez por 3 sistemas independientes²⁸⁶ en si:

- 1) El Sistema General de Pensiones.
- 2) El Sistema de Seguridad Social en Salud.
- 3) El Sistema General de Riesgos Profesionales.

²⁸⁶ Decreto 692/94 de 29 de marzo. Por medio del cual, se reglamenta parcialmente la Ley 100/93 (LGSS).
"Artículo 1. Sistema de Seguridad Social Integral. El Sistema de Seguridad Social Integral, está conformado por:

- El Sistema General de Pensiones
- El Sistema de Seguridad Social en Salud
- El Sistema General de Riesgos Profesionales.

La afiliación a cada uno de los Sistemas que componen el Sistema de Seguridad Social Integral, es independiente. No será requisito demostrar la afiliación a uno de éstos Sistemas para afiliarse a otro de ellos. Cada afiliado, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993, podrá escoger de manera separada la entidad administradora del régimen de salud y del régimen de pensiones, a la cual deseen estar vinculados. Los pensionados podrán escoger libremente la entidad administradora del régimen de salud que prefieran."

Entre los años 1946 y el 2005 existieron en Colombia una serie de regímenes especiales diferentes al establecido por la legislación ordinaria (Régimen General), creados a través de diferentes mecanismos entre ellos las convenciones colectivas (liderados por organizaciones sindicales). Éstos, posteriormente denominados regímenes especiales de pensiones, nacen en un entorno que aún no estaba debidamente regulado en su totalidad.

Tales regímenes especiales o de excepción, abarcaron trabajadores de entidades públicas y mixtas; sin embargo, el garante de estos regímenes siempre fue el presupuesto nacional. Lo anterior tuvo como resultado un incremento exponencial de los costos fiscales comprometidos con el sistema prestacional.

Es por esto que desde el año 2005, se le dio fin a estos regímenes, exceptuando los de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas del país. De hecho, se establecen ordenamientos de carácter constitucional que impiden la creación de nuevas instituciones de estas características e inhabilitan a las organizaciones sindicales para la intervención y modificación del sistema.

En este sentido, los nuevos trabajadores de los sectores pertenecientes a los regímenes eliminados, se vieron afectados debido a la pérdida de los beneficios que percibían previamente por parte de las respectivas Cajas de Previsión, y del Instituto de Seguros Sociales²⁸⁷.

Sin embargo, y pese a que actualmente solo subsisten dos regímenes especiales en la legislación colombiana, merece la pena señalar a modo de información, los regímenes que existieron hasta la entrada en vigor del Acto Legislativo número 01 de 2005²⁸⁸ de 22 de julio, puesto que la vigencia de dicha reforma constitucional,

²⁸⁷ Bonilla, Ricardo, "Pensiones: En Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34", . Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001, Ed. Escuela Nacional Sindical, pág. 41, pág. 324.

²⁸⁸ Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio, por el cual se adiciona el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia: "A partir de la vigencia del presente Acto Legislativo, no habrá regímenes especiales ni exceptuados, sin perjuicio del aplicable a la fuerza pública, al Presidente de la República y a lo establecido en los parágrafos del presente artículo".

respetar los derechos adquiridos, por tanto, quienes ya estuvieren percibiendo las prestaciones de su régimen especial, continuaran haciéndolo.

A continuación, nos permitimos enumerar los regímenes especiales que existieron en Colombia hasta el 31 de julio de 2010:

- a) Régimen especial de la Seguridad Social del Presidente de la República²⁸⁹, las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional²⁹⁰.

En este régimen, que continúa vigente, la protección por maternidad se ciñe exclusivamente a la reglamentación del Sistema de Seguridad Social que señala la Ley 100 de 1993, equiparándose así al sistema General en lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, y permaneciendo en su régimen especial en los aspectos pensionales.

- b) Régimen especial de los civiles del Ministerio de Defensa²⁹¹.
-

Respecto al Acto Legislativo 01 de 2005, de 22 de julio, véanse las siguientes Sentencias:

Sentencia C-216/07, de 21 de marzo. En la cual se declaró “exequible”, por el cargo de vulneración al principio de unidad de materia, por los cargos por sustitución parcial de la Constitución, por la Corte Constitucional

Sentencia C-153/07, de 7 de marzo de 2007 y Sentencia C-181/06 de 8 de marzo de 2006. En las cuales, la Corte Constitucional se declaró “inhibida” de fallar sobre este inciso, por ineptitud de la demanda.

²⁸⁹ El régimen especial del Presidente de la República que éste régimen especial tiene como finalidad la retribución a los ex-presidentes por su ardua labor pública y garantiza una subsistencia digna en su vejez. Por consiguiente, la pensión de se les otorgara a aquellos ex-presidentes que efectivamente han cargado con la referida responsabilidad por el período constitucional para el cual fueron elegidos, salvo circunstancias que le hayan impedido culminarlo.

Según la Sentencia de Constitucionalidad N° C- 989 de 1999 el régimen especial de pensión para ex presidentes de la República se justifica “por la especialísima dignidad y responsabilidad que comporta el cargo de presidente de la República, no es igual a cualquier otro trabajo u oficio que se desempeñe en el sector público, por lo cual el tratamiento legal exceptivo introducido por las normas acusadas, en principio responde a esta particular diferencia de situación y por ello resulta justificado de cara a la Constitución”

²⁹⁰ Decreto 2070/03, de 25 de julio. Por medio del cual se establece el régimen pensional propio de las fuerzas militares.

²⁹¹ La Ley 923 de 2004 y el Decreto N°4433 de 2004 fijaron el régimen pensional y la asignación de retiro de la Fuerza Pública de Colombia. En el artículo 1º del Decreto N° 4433 de 2004 se constata que los afiliado y beneficiarios de éste régimen corresponden “(...) a los Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares, Oficiales, Suboficiales, Personal del Nivel Ejecutivo y Agentes de la Policía Nacional, alumnos de las escuelas de formación de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y a los Soldados de las Fuerzas Militares (...)”

En este régimen igualmente todo lo concerniente a prestaciones sociales y sanitarias, se encuentra reglamentado en la Ley de Seguridad Social, y sus afiliados se pasan al régimen General, manteniéndose exclusivamente en régimen especial, las pensiones y jubilaciones.

- c) Régimen especial Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. En este régimen especial, la prestación por maternidad solía ser superior a los 14 días que señala el régimen general, como en la cuantía de la prestación, aunque principalmente, este régimen especial propugnaba especialmente por la protección del puesto de trabajo durante el disfrute del descaso maternal.²⁹²
- d) Régimen especial de servidores públicos de las Universidades Públicas²⁹³ que se acogieron a la Ley 674 de 2001.
- e) Régimen especial de servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL y pensionados de la misma.
- f) Régimen especial de los miembros no remunerados de las corporaciones públicas.
- g) Régimen especial aplicable a empresas en concordato preventivo y obligatorio al empezar a regir la Ley 100/93 y que hayan pactado sistemas o procedimientos especiales de protección a las pensiones.

Es importante resaltar que en el caso de este régimen especial no se refiere a una pensión de vejez, sino de una asignación de retiro en donde se permite que todo beneficiario pueda ser convocado nuevamente al servicio activo de las Fuerzas Públicas. Por lo tanto, no considera que la mensualidad entregada a los beneficiarios sea causa directa de las cotizaciones formalizadas y de la edad de los afiliados o beneficiarios.

²⁹² Ley 91 de 1989, art. 51 num. 3. Cuando una empleada de carrera en estado de embarazo obtenga evaluación de servicios no satisfactoria, la declaratoria de insubsistencia de su nombramiento se producirá dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes al vencimiento de la licencia de maternidad.

²⁹³ Ley 909 de 2004, "Por la cual se expiden normas que regulan el empleo público, la carrera administrativa, gerencia pública y se dictan otras disposiciones". Decreto 1227 de 2005, "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 909 de 2004 y el Decreto-ley 1567 de 1998"

Es preciso mencionar ahora, a las trabajadoras autónomas, por cuenta propia o independientes, las cuales, no tienen un régimen especial, se incluyen en el mismo Régimen General contenido en la ley 100 de 1993, y tanto el disfrute como la cuantía prestacional, va ser liquidada conforme al ingreso base de cotización con el cual, la mujer haya estado efectuando los pagos correspondientes. Como es de suponer, el disfrute de esta prestación de la Seguridad Social, esta condicionada al cumplimiento de los mismos requisitos legales²⁹⁴ que se establecen para las trabajadoras por cuenta ajena, con la diferencia sustancial, de

²⁹⁴ Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre. Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

“Artículo 21 Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. Igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes”...

que en este caso, es la propia trabajadora por cuenta propia/ autónoma/independiente, la responsable de efectuar las cotizaciones en su totalidad.

Es importante mencionar que en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, o independientes, que no hayan cotizado efectivamente durante el periodo de gestación, pueden cobrar un importe proporcional de la licencia por maternidad.

En este sentido, la Corte Constitucional ha expedido decenas de Sentencias de inexequibilidad sobre normas inconstitucionales y miles de Sentencias de Tutela²⁹⁵, protegiendo derechos fundamentales como la vida en conexidad a la salud y la Seguridad Social, la protección a la maternidad, los derechos fundamentales del recién nacido, la dignidad, etc.

La misma Corte Constitucional, ha reiterado su postura, respecto a que cuando una trabajadora cotizante, dependiente o independiente, da a luz, queda por obvias razones imposibilitada para trabajar y por ende para obtener recursos, por ello, es que la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar una licencia remunerada de maternidad (14 semanas, 16 por parto múltiple) y con dichos recursos, no sólo sufragar sus gastos personales sino que los más importantes: la manutención del menor (alimentos, medicamentos, pañales, citas médicas, etc.).

A pesar de que el Decreto 47 de 2000 artículo 3²⁹⁶ exige a la madre cotizante, dependiente o independiente, que haya cotizado ininterrumpidamente durante

²⁹⁵ Sentencias T-1243 de 2005, T-598 de 2006, T-624 de 2006, T-206 de 2007, T-530 de 2007 y T -1223 de 2008, y T- 034 de 2007.

²⁹⁶ Decreto 47/2000 de 19 de enero, Por el cual, se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones.

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

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

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un período inferior al de la gestación en curso o no se

todo el tiempo de embarazo, de lo contrario no recibiría dinero alguno, la Corte Constitucional en muchas sentencias de tutela, a reiterado una y mil veces, que dicha norma es inaplicable, pues prima la protección a la maternidad y los derechos del menor, que dicha norma extremadamente restrictiva, cuando la madre deja de cotizar unos días durante su periodo de embarazo por ejemplo, por desempleada o por empezar a cotizar posterior a la fecha aproximada cuando quedó embarazada.

Se analiza ahora, la norma cuestionada:

Decreto 047 de 2000, artículo 3 . “2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su período de gestación²⁹⁷ en curso...”

Pero como ya se ha mencionado, la Corte ha manifestado reiteradamente que siempre habrá pago de la Licencia de Maternidad, el monto, el cual, será determinado por las siguientes dos reglas que estableció el alto Tribunal de Protección Constitucional.

La Corte estableció dos reglas:

- 1.) Cuando a la madre le faltaron dos periodos o menos por cotizar durante su etapa de embarazo, la Entidad Prestadora de Salud EPS debe pagar completa la Licencia de Maternidad.

cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud.

PARAGRAFO. No habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del sistema general de seguridad social en salud.”

²⁹⁷ Subrayado fuera texto.

- 2.) Si la madre dejó de cotizar más de dos periodos, el pago de la Licencia se hará proporcional al tiempo cotizado durante todo el tiempo de embarazo.

Para concretar un poco más, se señalan algunos ejemplos en caso de que no se haya cubierto completamente el requisito de cotización efectiva durante la gestación:

Ejemplos de pagos completos de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó mínimo 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó mínimo 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó mínimo 5 meses.

Ejemplos de pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad

- Embarazo de 9 meses y cotizó menos 7 meses.
- Embarazo de 8 meses y cotizó menos 6 meses.
- Embarazo de 7 meses y cotizó menos 5 meses.

Fórmula para liquidar Pagos proporcionales de la Licencia de Maternidad:

- $\frac{\text{Días cotizados durante el embarazo}}{270} \times 98$

Los regímenes especiales de la Fuerza Pública y el de la Presidencia de la República actualmente se encuentran vigentes y representan una gran parte del gasto fiscal de la nación. Lo anterior se debe a la diferencia entre los parámetros de los regímenes especiales y el sistema general en cuanto a pensiones se refiere.

Dichos regímenes especiales, como ya se ha señalado anteriormente, se encontraban definidos por la Ley 100 de 1993: Régimen de Seguridad Social de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Servidores Públicos de Ecopetrol así como los Servidores Públicos de Universidades Públicas, todos los cuales tenían sus propios regímenes de Seguridad Social en Salud y Pensiones que solo participaban en el Sistema

General mediante aportes de recursos a la subcuenta de solidaridad del Fosyga.²⁹⁸

En resumen, podemos señalar que la eliminación de los diferentes regímenes especiales de Seguridad Social existentes en Colombia con anterioridad al año 2005, solo modificaban el régimen de pensiones en sectores económicos determinados, y que variaban sustancialmente del régimen general, respecto de cuantías, posibilidades de prejubilaciones, requisitos de acceso, edad, entre otros, tales regímenes especiales fueron eliminados de la legislación colombiana, con el objetivo de unificar y homogenizar los parámetros y el pago de las pensiones para los ciudadanos colombianos, todo ello en pro de la igualdad social y de optimizar los recursos fiscales que por esta partida se generaban. No obstante, el Acto Legislativo No 1 de 2005 dejó vigentes los regímenes especiales de la Presidencia de la República y las Fuerzas Armadas, que constituyen el mayor peso fiscal al sistema pensional colombiano²⁹⁹.

3.2. REGÍMENES ESPECIALES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN ESPAÑA.

Como ya se ha comentado, el Sistema de la Seguridad Social español, es un sistema con pluralidad de regímenes a través de los cuales el Estado garantiza a las personas comprendidas en su campo de aplicación por realizar una actividad laboral o profesional, la protección adecuada en determinadas contingencias y situaciones.

Según el tipo de actividad o sector económico al que pertenezca el profesional, se va a determinar en cuál de los regímenes va a estar incluido, así como la

²⁹⁸ De acuerdo con lo establecido en el artículo 218 de la ley 100 de 1993 y el artículo 1 del Decreto 1283 del 23 de julio de 1996 El Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) es una cuenta adscrita al Ministerio de la Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.

²⁹⁹ Bonilla G, Ricardo. "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Ed. Escuela Nacional Sindical, Bogotá (Colombia). 2001, pág. 324.

cotización que va a permitir posteriormente el acceso a las diversas prestaciones (bajas por enfermedades, maternidad, jubilación, desempleo, etc.).

Se entiende que están incluidos dentro del campo de aplicación del Sistema de la Seguridad Social, y cualquiera que sea su sexo, estado civil o profesión, todos los españoles que residan en España, y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional.

Dentro del Sistema de Seguridad Social se distingue entre un Régimen General aplicable a trabajadores por cuenta ajena de la industria o servicios y los Regímenes Especiales.

En este régimen se encuentran englobados los trabajadores por cuenta ajena y los asimilados a ellos, es decir, los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario independientemente de la modalidad contractual.

La peculiaridad respecto a la afiliación es que las solicitudes de alta deberán presentarse con carácter previo al comienzo de la prestación de servicios por el trabajador, sin que en ningún caso puedan exceder de los sesenta días naturales anteriores a la fecha prevista para la iniciación de la misma. Respecto a la cotización, la obligación de cotizar nace desde el comienzo de la prestación del trabajo y no se interrumpe mientras dura la relación laboral entre el empresario y el trabajador. Incluso subsiste en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, disfrute de los periodos de descanso por maternidad y paternidad, o periodos de prueba del trabajador. La obligación de cotizar termina al finalizar la prestación de trabajo, siempre que se presente el parte de baja del trabajador dentro de los seis días naturales siguientes.

La ley General de la Seguridad Social en su artículo 97³⁰⁰ detalla quienes se encuentran comprendidos en el régimen general.

Dentro del Régimen General de la Seguridad Social, se hallan también incluidos como *Sistemas Especiales*, colectivos con *particularidades en materia de afiliación y cotización*:

- a) Sistema Especial de frutas, hortalizas e industria de conservas vegetales.
- b) Sistema Especial de la Industria Resinera.
- c) Sistema Especial de los servicios extraordinarios de hostelería.
- d) Sistema Especial de manipulado y empaquetado del tomate fresco, realizadas por cosecheros exportadores.
- e) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de cines, salas de baile y de fiesta y discotecas.
- f) Sistema Especial de trabajadores fijos discontinuos de empresas de estudio de mercado y opinión pública.

Ahora bien, es preciso señalar que dentro del régimen especial propiamente dicho, se incluyen las personas que realizan actividades profesionales en las que,

³⁰⁰ Real Decreto Legislativo 1/94, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

“Artículo 97: Extensión.

1. Estarán obligatoriamente incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social los trabajadores por cuenta ajena o asimilados comprendidos en el apartado 1.a del artículo 7 de la presente Ley.

2. A los efectos de esta Ley se declaran expresamente comprendidos en el apartado anterior:

Los trabajadores por cuenta ajena y los socios trabajadores de sociedades mercantiles capitalistas, aún cuando sean miembros de su órgano de administración, si el desempeño de este cargo no conlleva la realización de las funciones de dirección y gerencia de la sociedad, ni poseen su control en los términos establecidos en el apartado 1 en la disposición adicional vigésimo séptima de la presente Ley” ...

por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hace preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social. Quienes están incluidos en este régimen tienen unas peculiaridades respecto a afiliación y/o cotización diferentes respecto a los que están incluidos en el régimen general.

En el artículo 10 de la Ley General de Seguridad Social³⁰¹ vemos que incluía el régimen especial agrario, el cual ha desaparecido, integrándose a sus afiliados, al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, señalaremos la descripción del colectivo perteneciente a este régimen ya desaparecido.

a) Régimen Especial Agrario, se incluyen a todos los trabajadores por cuenta ajena, que de forma habitual realicen labores agrarias propiamente agrícolas, forestales o pecuarias, dentro del territorio nacional. Estos trabajadores tienen la particularidad de que están obligados a su inscripción en el censo de dicho Régimen Especial. Recordemos que estos trabajadores, actualmente se incluyen en el Régimen general³⁰².

Una característica de este régimen especial es la necesidad de estar al corriente en el pago de las cotizaciones para acceder a las prestaciones.

³⁰¹ Real Decreto 1/1994 por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social "Artículo 10. Regímenes Especiales.

1. Se establecerán Regímenes Especiales en aquellas actividades profesionales en las que, por su naturaleza, sus peculiares condiciones de tiempo y lugar o por la índole de sus procesos productivos, se hiciere preciso tal establecimiento para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social.

2. Se considerarán regímenes especiales los que encuadren a los grupos siguientes:

Trabajadores por cuenta propia o autónomos.

Trabajadores del mar.

Funcionarios públicos, civiles y militares.

Estudiantes.

Los demás grupos que determine el Ministerio de Trabajo e Inmigración, por considerar necesario el establecimiento para ellos de un régimen especial, de acuerdo con lo previsto en el apartado 1 de este artículo"...

³⁰² Los trabajadores del sector agrario, se encuentran ya equiparados con el resto de los trabajadores, a partir de la vigencia de la Ley 28/2011, de 22 de septiembre, a través de la cual, se integró el régimen especial agrario, al régimen general. En materia del desplazamiento al extranjero por razón de trabajo, no se introdujo ninguna modificación, por lo que se continúa aplicando la regulación que contenida en el art. 71 de Reglamento General del Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social.

Respecto de las prestaciones por incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural, en principio no presenta peculiaridades en relación con el Régimen General. Tales situaciones, no requieren para poder ser declaradas que el trabajador se halle prestando servicios por cuenta ajena en la fecha en que se inicie la enfermedad, embarazo, maternidad o la lactancia natural. Es una precisión que se explica por el hecho de que la cotización del trabajador se debe dar aunque no lleve a cabo trabajo efectivo por jornadas reales. La situación de riesgo durante el embarazo y la lactancia lógicamente requiere que el trabajador esté prestando servicio, salvo que estuviera en maternidad, que se considera asimilada al alta a efecto de Incapacidad Temporal al derivar la maternidad del trabajo anterior.³⁰³

b) Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Se entiende por trabajador autónomo aquél que de forma habitual, personal y directa, realiza una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ello a un contrato de trabajo y aunque utilice el servicio remunerado de otras personas.

Las prestaciones de maternidad y paternidad se aplicarán con la misma extensión y en los mismo términos y condiciones previstas para el RGSS, incluido el derecho consistente en la adopción del disfrute parcial a favor del padre del subsidio económico por maternidad, a los trabajadores incluidos en el Régimen de Trabajadores Autónomos (RETA), con las siguientes peculiaridades:

A efectos de la prestación por maternidad, se consideran situaciones protegidas, las previstas para el Régimen General de la Seguridad Social, durante los períodos de cese en la actividad que sean coincidentes, en lo relativo tanto a la duración como a su distribución, con los períodos de descanso laboral establecidos para los trabajadores por cuenta ajena, excepto en lo que se refiere a la posibilidad de percibir el subsidio compatibilizándolo con una jornada a tiempo parcial (art. 2.4 del Real Decreto 295/2009); y a efectos de la prestación por maternidad se consideran situaciones protegidas, las establecidas para el

³⁰³ Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010, págs..195 a 197

Régimen General de la Seguridad Social, durante un período de trece días naturales de cese de la actividad o, en su caso, durante el período que corresponda por la posibilidad de disfrute del descanso en jornada a tiempo parcial (art. 22.4 del Real Decreto 295/2009).

Se considera situación asimilada a la de alta³⁰⁴, como ya se ha reiterado anteriormente, el período de 90 días posteriores a la fecha de la baja en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA)³⁰⁵.

Sobre este Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas, nos detendremos más adelante.

c) Régimen Especial de Empleados de Hogar. Al igual que el régimen especial agrario, este régimen especial de empleados del hogar ha desaparecido y se encuentra también integrado al Régimen General de la Seguridad Social, sin embargo, describiremos el colectivo que pertenecía a este régimen ahora inexistente, y en el cual estaban incluidos en este régimen las personas mayores de dieciséis años que se dediquen en territorio nacional a prestar servicios

³⁰⁴ En el mismo sentido, Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, Sentencia de 12 Mayo de 2009, Rec. 3764/2008, en la que igualmente se reconoce el derecho a la percepción del subsidio por maternidad,

Véase también a:

Fernández Orrico, F.J., "Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica", Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, pág 204 y ss.

³⁰⁵ En tal sentido, el Tribunal Supremo ha manifestado que no puede reconocerse el derecho a prestación por maternidad a una trabajadora autónoma que causó baja voluntaria en el RETA varios meses antes de la fecha del hecho causante, aún cuando hubiera permanecido en situación de incapacidad temporal desde fecha anterior a la de la baja en aquel Régimen y hasta el momento del parto, puesto que la baja en el Régimen especial, se realizó de forma voluntaria, y únicamente deben considerarse en situación asimilada a la de alta a aquellos trabajadores que quedan desprotegidos por causas ajenas a su voluntad. (Sentencia Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2009), y que la remisión efectuada por la disposición ad. 11ª de la Ley General de la Seguridad Social no excluye, a los efectos de reconocimiento del subsidio por maternidad, la situación asimilada al alta del art. 29 del Decreto 2530/1970 y que la situación asimilada a la de alta de dicho precepto, no constituye un plazo de gracia para la suscripción del convenio especial y, en consecuencia, si la protección por maternidad no está cubierta por el convenio especial no se tiene derecho a ella, pues, como se deduce del citado precepto reglamentario, la situación de alta de los 90 días tiene sustantividad propia, al margen de que se suscriba o no el convenio especial, que, como tal, se considera como situación asimilada al alta (Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de abril, 10 de diciembre de 2002 y 25 de junio de 2008).

exclusivamente domésticos para uno o varios cabezas de familia, en la casa que constituya el hogar del cabeza de familia, a cambio de una remuneración de cualquier clase que sea.

Las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, y durante la lactancia natural para Régimen especial se reconocen en los mismos términos que en el Régimen General.

Ha de estar al corriente del pago y de las cuotas cuando sea responsable de la obligación de cotizar. Sin perjuicio de lo anterior, será de aplicación, en su caso, como ya se señaló, el mecanismo de la invitación al pago previsto en el apartado 2 del artículo 28 del Decreto 2530/1970, por cuenta propia o autónomos, tanto a estos últimos, como a los trabajadores pertenecientes al Régimen especial de los empleados de hogar, que sean responsables de la obligación de cotizar.

De conformidad con el artículo 32.1 del Real Decreto 295/2009, serán beneficiarias del subsidio en los mismos términos que para el Régimen General, las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, que presenten sus servicios para un hogar con carácter exclusivo. En caso de trabajo a tiempo parcial se equiparan a trabajadores por cuenta propia (art. 41.2 del Real Decreto 295/2009) en cuanto a estar al corriente del pago de las cuotas.

Las trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho a la prestación económica por riesgo durante el embarazo, con las particularidades establecidas en el Real Decreto 144/1999, de 29 de enero, para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes.

Las trabajadoras integradas en el Régimen Especial de empleados de hogar, acompañarán la declaración del responsable del hogar familiar (art. 39.4 del Real Decreto 295/2009) cuando trabajen en exclusiva para el mismo empleador. No es claro si será así también cuando el propio empleado de hogar, trabaje a tiempo parcial. Cuando trabaje a tiempo parcial, será el propio empleado de hogar el obligado a presentar una declaración sobre la actividad desarrollada y sobre la

inexistencia de trabajo o función compatible (art. 47.2.b del Real Decreto 295/2009).

Los servicios médicos de la indicada Dirección Provincial procederán a emitir certificado, en el que quede acreditado que las condiciones del puesto de trabajo, influyen negativamente en la salud de la trabajadora embarazada o del feto y que, en consecuencia, debería desempeñar un puesto de trabajo o función diferente o compatible con su estado.

d) Régimen Especial de Minería del Carbón; quedan comprendidos en este régimen especial los trabajadores por cuenta ajena de las Empresas dedicadas a la minería del carbón y actividades complementarias de la misma.

La prestación por maternidad se reconoce en este Régimen Especial, se reconoce de la misma forma que en el Régimen General, y lo mismo la de riesgo durante el embarazo.

e) Régimen Especial de Trabajadores del Mar. Están incluidos en este régimen los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia dedicados a actividades marítimo-pesqueras.

Respecto de las prestaciones por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia natural, la regulación se establece en el art. 133 bis de la Ley General de la Seguridad Social, tras la ley 3/2007 y se extiende a este régimen especial por la disposición adicional 11ª bis.1 de la Ley General de la Seguridad Social y disposición adicional 8ª .4 de la misma Ley General de la Seguridad Social. En cualquier caso las segundas, tras la ley de igualdad se considera como riesgos profesionales. No obstante, en los trabajadores por cuenta propia se exigen los mismo requisitos que en Régimen de Autónomos (RETA), y deben por tanto estar al corriente del pago de sus cuotas, solo que no cabe el mecanismo de invitación

al pago del art. 28.2 del Decreto 2530/1970. Es discutible si al igual que en el RETA y en el REA es exigible la declaración de actividad³⁰⁶.

Nos detendremos ahora a analizar el Régimen especial de las trabajadoras autónomas.

3.2.1 Régimen Especial de las Trabajadoras Autónomas (RETA).

Las mujeres autónomas de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomas RETA³⁰⁷ ostentan el derecho a la prestación económica por maternidad con la misma extensión y contenidos que en el Régimen General, en los términos del Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo. Eso si, claramente no pueden transferirle al otro progenitor el periodo voluntario de descanso.

Alguna duda debería haberse planteado sobre si acaso la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, pudo haber alterado algo las cosas. No, desde luego, a la vista de las reglas laborales ni de Seguridad Social de la misma, que guardan silencio al respecto. Pero acaso podría entreverse un cambio de orientación al amparo de las disposiciones generales de la Ley, muy en particular del art. 8. Podría entenderse, desde luego, con una discriminación directa hacia las mujeres autónomas la imposibilidad de transferirle parte del derecho al otro progenitor, pues supone para ellas un trato desfavorable en relación con su maternidad. Pues o bien renuncian a ella en esas diez semanas o bien se ven abocadas a disfrutarla con una menor flexibilidad familiar que las madres por cuenta ajena.

³⁰⁶ Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 15 de febrero de 1999.

³⁰⁷ Régimen Especial de Trabajadores Autónomos RETA, es el régimen que regula la cotización a la Seguridad Social de los trabajadores autónomos en España. Como tal, este tipo de trabajadores, están obligados a darse de alta en este tipo de régimen inmediatamente después de haberse dado de alta como autónomos en el Ministerio de Hacienda.

El Régimen Especial para Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social reconoce la prestación por maternidad para los trabajadores autónomos en los mismos términos y condiciones establecidos en el régimen general, siempre que se esté al corriente en el pago de las cuotas de la Seguridad Social.

Así pues, podrán ser beneficiarios tanto mujeres como hombres, que estén afiliados y en alta y que acrediten una cotización de ciento ochenta días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores al parto, o a las fechas para la que se constituya la adopción.

Como ya se ha señalado antes, la trabajadora podrá disfrutar de un permiso de dieciséis semanas en los casos de parto simple ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo en los casos de parto múltiple. La distribución de estas semanas podrá hacerse a conveniencia de la madre pero al menos 6 de ellas deberá disfrutarlas con posterioridad al parto.

Por su parte, el padre podrá disfrutar de 4 de estas 6 últimas semanas de descanso en el caso en que la madre haya ejercitado el derecho de opción a favor del padre cuando ambos trabajen y la reincorporación de la madre no suponga un riesgo para su salud.

El cese de actividad por maternidad, paternidad y situaciones asimiladas, como se le conoce en el RETA a la licencia por maternidad, genera una bonificación prevista para este tipo de situación, y como ya se ha señalado anteriormente, su cuantía es del 100% de la cuota mínima de autónomos.

Anteriormente, las trabajadoras autónomas contaban con una bonificación adicional, para “autónomas que se reincorporan a su negocio después de la maternidad”, por la cual podían optar a una bonificación del 100% de la cuota por contingencias comunes, resultante de aplicar el tipo de cotización a la base mínima vigente en el régimen, durante 12 meses si reiniciaban su actividad en los

2 años siguientes a la fecha del parto. Bonificación ésta, que quedó derogada a través a partir de la vigencia del Real Decreto Ley 20/2012 de 13 de julio³⁰⁸.

El problema con esta medida ha sido que el gobierno no ha anunciado de forma expresa este hecho, con lo que ha sufrido multitud de denuncias por asociaciones de autónomos, ya que ha afectado tanto a trabajadoras autónomas de nueva incorporación tras su maternidad como a aquellas que ya disfrutaban de la bonificación y que han dejado, casi sin aviso previo, de recibirla.

Este hecho ha provocado el incremento exponencial en las bajas de autónomas tras el periodo de descanso por maternidad. Y es que la conciliación de la vida laboral y personal para una trabajadora autónoma bajo estas circunstancias se hace mucho más difícil si además no se recibe ninguna bonificación del gobierno que intente paliar los perjuicios económicos de este colectivo.

Recordemos que la baja en este tipo de régimen (RETA), se considera situación asimilada al alta dentro de los 90 días siguientes a la baja, dando lugar a las prestaciones que se generen en dicho término.

En este sentido, y en cuanto a trabajadoras por cuenta propia se refiere, diversas Sentencias³⁰⁹ se han pronunciado reiteradamente, argumentando que a efectos de causar derecho al subsidio por maternidad, la baja en el Régimen Especial,

³⁰⁸ Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad.

³⁰⁹ Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007: El Tribunal Supremo desestima recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS contra sentencia dictada por el TSJ Cataluña en el recurso de suplicación formulado frente a sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Terrasa, y confirma el derecho de la interesada a la prestación de maternidad, que le había sido negada en primera instancia, al señalarse por el mismo que la actora no estaba afiliada y en alta en el momento del hecho causante. Interpuesta reclamación administrativa previa por parte de la actora, la misma fue desestimada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social. En el mismo sentido.

producida dentro de los noventa días naturales anteriores al hecho causante constituye una situación asimilada al alta³¹⁰.

Tal es el caso señalado en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña³¹¹, en la cual se declara que “No procede el reconocimiento del descanso por maternidad, para el padre”, ya que éste carece del derecho al subsidio por maternidad, pues la madre no es trabajadora por cuenta ajena, sino que ejerce su profesión de médico afiliada a una mutualidad de previsión social, por lo que ni está en alta ni en situación asimilada en el Régimen General de la Seguridad Social, ni reúne los requisitos necesarios para acceder al subsidio de maternidad”, por lo que estamos frente a una trabajadora que carece del derecho por tanto no puede cederlo al marido.

Como ya dijimos Para aquellas trabajadoras por cuenta ajena que reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación, salvo el período mínimo de cotización, se prevé la percepción de un subsidio especial considerado como prestación no contributiva.

El artículo 15 del Real Decreto 295/2009, estipula además, que:

“En el caso de trabajadoras que sean responsables del ingreso de las cotizaciones, según lo establecido en el apartado 3 de la disposición adicional undécima bis y en la disposición adicional trigésima novena de la Ley General de la Seguridad Social, será requisito imprescindible para el reconocimiento y abono de la prestación que las interesadas se hallen al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.”

³¹⁰ Véase Sentencias del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

³¹¹ Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006: El TSJ Cataluña estima el recurso de suplicación interpuesto por el INSS contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 24 de Barcelona que estimó la pretensión del trabajador y declara que no procede el reconocimiento del descanso por maternidad.

3.3. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS ASOCIACIONES MUTUALES DE PREVISIÓN SOCIAL EN COLOMBIA.

A Colombia fue traída la idea mutualista por los misioneros españoles, quienes en las parroquias establecieron el auxilio mutuo, donde los pobres pagaban unas cuotas para crear un fondo común, y cuando alguien fallecía, se hacía uso de este fondo.

Esta idea fue aprendida por sectores pobres de la población que empezaron a crear fondos con el objeto de brindarse ayuda recíproca, haciendo énfasis en los auxilios funerarios, creándose entre otros, la Sociedad Católica, fundada en Bogotá en 1838; la Congregación de Obreros de San José, fundada en Medellín en 1946; la Sociedad Santa Cruz fundada en Caldas(Antioquia) y el Coro Andante del Corazón de Jesús, fundado en Rionegro (Antioquia).³¹²

Para evitar recurrir a la mendicidad y lograr un entierro digno, el 6 de julio de 1864, 39 artesanos fundaron la Sociedad de Bogotá, a la cual le otorgan personería jurídica el 8 de mayo de 1889. Se oficializa así, la primera sociedad mutual con personería jurídica creada en Colombia, cuyo objetivo principal era prestar ayuda a los afiliados en casos de enfermedad o muerte. El requisito para ingresar era profesar la religión católica³¹³.

³¹² Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991, pág. 37 a 52.

"... Las tendencias mutualistas, se han mantenido por muchos años y lo más grave aún es que dicha tendencia las ha llevado a ser enterradoras de su propia organización y del trabajo arduo que desarrollaron quienes fueron pioneros de ese mutualismo "enterrador" que tenía tendencia al cambio, y todo debido a la falta de líderes mutualistas en las diferentes regiones del país.

El mutualismo se ha teorizado poco, distinto a lo sucedido con el cooperativismo que desde su iniciación se le han formulado principios y ha contado con muchos estudiosos que han reflexionado sobre el sistema. Quizás en otros países el mutualismo haya sido estudiado y explicado, pero en Colombia es poco lo que se ha hecho al respecto ...".

³¹³ Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B., F., "El Mutualismo, Autogestión Popular". Ed. Dancoop, Medellín, 1988, pág. 17 y ss.

"... Las mutuales que se crearon durante el periodo 1850-1920, estuvieron influenciadas por las experiencias de las sociedades democráticas, fundamentalmente, y aunque los objetivos estaban orientados a utilizar la ayuda mutua y la solidaridad, en función de satisfacer la necesidad de garantizar las exequias y de ayudar

Siguiendo tal orientación, se crearon a finales del siglo XIX las siguientes sociedades: Socorros Mutuos de Manizales; Auxilio Mutuo de Cúcuta; Mutuo Auxilio de Bucaramanga; Sociedad Mutuaria San Vicente de Paúl en Medellín; Sociedad del Sagrado Corazón de Jesús; Sociedad de Socorros Mutuos de Rionegro y Sociedad de Artesanos de Sonsón; ésta última es considerada como la primera organización sindical, al igual que el Patronato de Obreros (1914) y la Sociedad de Tipógrafos de Medellín. Para entonces, no existía en el país legislación precisa sobre sindicalismo, pero al expedirse la Ley 83 del 23 de junio de 1931, muchas de estas organizaciones fueron excluidas como sindicatos; ya que sus objetivos se referían más a lo espiritual y a la prestación de auxilios de socorro mutuo.

Estas organizaciones de fondos para la ayuda, tenían como fin esencial los auxilios para los entierros y se arraigaron entre la población urbana pobre de las ciudades,

El desarrollo del mutualismo ha sido muy lento en Colombia. En los años 1982 y 1983, tuvo un proceso de impulso con la realización de los congresos mutualistas. A partir de éstos, se logra una concepción más amplia del rol de las mutuales y se crea el Comité Nacional Mutualista que se proyecta al campo de la seguridad social.

Sin embargo, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, no ha logrado aún un desarrollo significativo, tal como ocurrió en otros

en caso de enfermedad, su acción se extendió a apoyar a sus integrantes en casos de exilio, prisión y persecución política ...”.

En el mismo sentido, véase a:

Higueta Higueta, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991, pág. 30 a 39.

Ambos autores, presentan los aspectos básicos de la doctrina mutualista y los procesos administrativos y de control que requieren dichas asociaciones, para que sean manejadas con criterios de sostenimiento, crecimiento y rentabilidad. Sólo así, se podrá concretar la asociación mutua como una unidad económica de proyección y eficiencia empresarial y como uno de los medios que posibilita la construcción de la convivencia pacífica basada en la equidad y justicia social.

países como Argentina y Chile³¹⁴. Entre las causas para ello están: el que las mutuales se limitaran a simples enterradoras sin prestar otros servicios, el haber mantenido una organización administrativa mínima como de mera unión de vecinos, el permanecer anónimas sin solicitar ayuda ni asesoría de otros movimientos, y porque el gobierno nunca ha formulado políticas de promoción, fomento y capacitación para el mutualismo, como si lo ha hecho con el cooperativismo a partir de 1930 y con la acción comunal desde 1960.

En la actualidad se están dando condiciones favorables para impulsar la organización mutual, no para que desplace y compita con las cooperativas y las acciones comunales, que han alcanzado un desarrollo importante y tienen objetivos muy específicos; sino para que el mutualismo asuma compromisos con amplios sectores de población pobre que aún no tienen ninguna organización solidaria.

Estos compromisos obligan a las mutuales a diversificar sus servicios, para no limitarse a prestar únicamente los funerarios, sino proyectarse a la salud, la previsión de riesgos en general, al ahorro, al crédito, a la educación y a la recreación. Tienen a su favor que entre las clases pobres las mutuales gozan de mucha aceptación, porque la mayoría de las personas pagan la protección para la muerte en fondos mutuales, de los cuales, algunos funcionan de hecho y otros están organizados con personería jurídica. La tarea es ofrecer a las clases más pobres, sobre todo a las que no tienen acceso a otras formas de organización

³¹⁴ Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "El Mutualismo en Antioquia, una vía hacia la Seguridad Social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994, págs. 25 y ss.

Véase en el mismo aspecto a :

Vélez R., A., y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992, págs.. 9 a 22.

* Azucena Vélez Restrepo. Socióloga, Representante Legal de la Asociación Mutual Villanueva y autora de varios libros sobre el tema.

"... Que el Mutualismo es la expresión más genuina de la solidaridad, en la cual la primacía del hombre y del objeto social sobre el capital, no la excluyen del desarrollo empresarial y el emprendimiento en busca de la riqueza colectiva, que debe solventar las necesidades básicas insatisfechas del ser humano ...".

solidaria, la posibilidad de ingresar a una entidad que les ayudará no sólo en casos de fallecimiento, sino también para la vida; a través de diferentes servicios de bienestar general.³¹⁵

Las asociaciones mutuales se definen según el decreto 1480 de 1989, como personas jurídicas de derecho privado, sin ánimo de lucro, constituidas libre y democráticamente por personas naturales, inspiradas en la solidaridad, con el objeto de brindarse ayuda recíproca frente a riesgos eventuales y satisfacer sus necesidades de seguridad social.

Lamentablemente, por ser un tipo de asociación emergente en las clases sociales menos favorecidas, y por no contar con aportaciones dinerarias periódicas que revelen la sostenibilidad de su función, este tipo de agrupaciones sociales no cuenta con un régimen específico respecto de las ayudas por maternidad, tendientes a suplir de alguna manera el subsidio que señala la Ley General de la Seguridad Social.

3.4. LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN LAS COOPERATIVAS DE TRABAJO ASOCIADO EN COLOMBIA.

Antes de la llegada de los españoles, los indígenas colombianos trabajaban colectivamente, y fue entonces la primera forma de cooperativismo de trabajo conocido en Colombia.

Los Chibchas³¹⁶ por ejemplo, eran un pueblo constituido por varios clanes o familias que se concentraron en las tierras frías del país. Su principal fuente de

³¹⁵ Rojas Pardo, A., "Nueva Legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989, págs. 4 a 17.

³¹⁶ Chibchas : Pueblo amerindio que hablaba lenguas pertenecientes a la familia lingüística chibcha. Habitan junto al río Magdalena, cerca de Bogotá (Colombia). En el pasado ocupaban parte de la actual Panamá y los altiplanos de la cordillera Oriental de Colombia, y representaron la zona más poblada entre los imperios mexicano e inca.

trabajo era la agricultura, la cual realizaban comunitariamente para satisfacer las necesidades de las familias y rendir tributo a los sacerdotes.

El excedente o sobrante de las cosechas lo intercambiaban en los mercados de las regiones vecinas por productos como el algodón, frutos de tierra caliente y por oro.

Algunas de las formas de trabajo comunitario fueron suprimidas por los españoles durante la conquista; de las pocas que se conservaron y se conservan aún en algunas regiones, podemos mencionar el convite y la minga³¹⁷.

Más tarde el desarrollo técnico Europeo hizo posible que las naciones económicamente avanzadas tuvieran mercancías de sobra, por este motivo se dio comienzo a la exportación de estos productos hacia los países latinoamericanos, africanos, etc. los cuales tenían escasez de los mismos.

El hecho de traer al país mercancías extranjeras, arruinaba a los productores artesanos, ya que la gente prefería comprar estas mercancías por su calidad y bajo costo, perdiendo así los artesanos la posibilidad de vender sus productos.

Así, mientras en Inglaterra se organizaban las primeras Cooperativas, en Colombia los trabajadores trataban de organizarse en gremios para lograr que el estado no permitiera importar mercancías que ya estaban produciéndose en el país.

³¹⁷ Minga: palabra originaria del quechua que significa «trabajo colectivo hecho en favor de la comunidad»; *minca* del quechua *minccacuni* «solicitar ayuda prometiendo algo»; o *mingaco*) es una tradición precolombina de trabajo comunitario o colectivo voluntario con fines de utilidad social o de carácter recíproco actualmente vigente en varios países latinoamericanos.

Ésta puede tener diferentes finalidades de utilidad comunitaria como la construcción de edificios públicos o ir en beneficio de una persona o familia, como al hacerse una cosecha de papas u otro producto agrícola, entre otras, siempre con una retribución para quienes han ayudado. Se ejerce principalmente en Colombia, Perú, Ecuador, Bolivia, Chile y Paraguay.

En esta época (1.850-1.920) la economía colombiana se dedicaba principalmente a la agricultura y al comercio, de esta manera las personas vinculadas directa o indirectamente a la producción o distribución de mercancías, empezaron a interesarse por el Cooperativismo para solucionar sus problemas, en lo referente al consumo y al crédito. Estos problemas dieron firmeza a las ideas cooperativas difundidas en un comienzo por un sacerdote llamado Adán Puerto, quien había conocido en Alemania las Cooperativas de Ahorro y Crédito.

Más tarde durante el Gobierno de Enrique Olaya Herrera y con base en un proyecto presentado por Juan María Agudelo, el Congreso expidió la Ley 134 de 1.931, la cual reglamentó la creación de Cooperativas en Colombia.

Las primeras Cooperativas fueron organizadas básicamente para prestar servicios de consumo, de ahorro y crédito, tales como:

- Cooperativa de bananeros del Magdalena.
- Cooperativa Lechera del Atlántico.
- Cooperativa de Buses de Santa Fe.

A partir de 1.940, aparecieron Cooperativas de Producción, de Transportes, Educativas y de Vivienda. También se organizaron las primeras asociaciones de Cooperativas u organismos de segundo grado, como:

- La Unión Cooperativa Nacional "Uconal" que agrupa a las Cooperativas de Ahorro y Crédito.
- La Asociación Colombiana de Cooperativas "ASCCOP", que une a las Cooperativas de consumo y otras que se organizaron a partir de 1.958.

El desarrollo del movimiento Cooperativo basado en la incorporación de nuevos grupos sociales a las Cooperativas, tales como empleados, maestros, campesinos, pequeños comerciantes, etc., lo mismo que la abundancia de

disposiciones legales hicieron necesaria la expedición del Decreto Ley No. 1958 de 1.963, el cual unificó toda la legislación Cooperativa anterior y creó la Superintendencia Nacional de Cooperativas hoy Departamento Administrativo Nacional de Cooperativas "DANCOOF", como organismo del Estado destinado a promover, fomentar y fiscalizar el desarrollo del Cooperativismo Nacional.

Merece destacarse la creación de seguros "La Equidad" en 1.970, primera compañía de seguros organizada en Colombia de acuerdo con los principios y métodos del Cooperativismo.

Entonces, Una Cooperativa es una empresa económica formada por personas de una comunidad (vereda, municipio, zona o región), que teniendo problemas y necesidades comunes como: alto costo de la vida, bajos precios por los productos cosechados, desempleo y otros, se buscan soluciones uniendo y organizando sus esfuerzos y recursos para desarrollar una actividad económica y defender sus intereses.³¹⁸

Como ya se ha visto, El cooperativismo es el resultado de un largo proceso histórico en el cual el hombre ha demostrado su espíritu asociativo y solidario, generando diversas formas de organización social y económica que teniendo como base la cooperación, persiguen la realización de la justicia y la igualdad a través de la acción económica y la promoción humana³¹⁹

³¹⁸ Se resalta como conclusión general, que las Asociaciones Mutuales, a pesar de ser el movimiento solidario más antiguo que existe en Colombia, ha permanecido anónimo, marginal y sin apoyo oficial. Apenas obtuvo legislación reglamentaria en 1989. En cambio, el cooperativismo que llegó al país en la década de 1920 y la acción comunal a partir de 1960, han tenido desde el comienzo su legislación y apoyo gubernamental, por ello han alcanzado mayor desarrollo.

En la actualidad, con la necesidad de ir implementado la Ley 100 de seguridad social, donde se crean las empresas solidarias de salud, se abre una gran oportunidad para el mutualismo. Además, como se decía anteriormente, es imperativo organizar la población de la economía informal, es decir, la más pobre y entre esta población el mutualismo tiene mucho arraigo y es de fácil aplicación.

³¹⁹ Web Oficial de la Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, "Luis Ángel Arango", web: www.banrepcultural.gov.co

El cooperativismo de trabajo asociado es una respuesta a las contradicciones que comporta el régimen capitalista de producción, siendo un medio de organización propicio para que los trabajadores -en forma mancomunada, democrática y solidaria- puedan rehabilitar las fuentes de trabajo de las que se han visto privados o se arriesguen a iniciar emprendimientos que les permitan su inserción en el sistema económico, pasando a desempeñarse como responsables directos de su fuente de trabajo.

Si se refiere a una cooperativa de trabajo asociado, debe tenerse claro en primer término que estas organizaciones no se rigen por las disposiciones laborales, no se generan las prestaciones sociales (cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios), salarios, auxilio de transporte ni derechos propios de un contrato de trabajo, sino que se rigen por sus estatutos y se gobiernan por un régimen propio.

Sin embargo, en materia de seguridad social, aportes parafiscales y derechos mínimos irrenunciables de los trabajadores asociados, la Ley 1233 de 2008, expedida por el Congreso de la República el 22 de julio 2008, realizó algunas precisiones en el artículo 3º, cuyo texto establece :

"ARTÍCULO 3º. DERECHOS MÍNIMOS IRRENUNCIABLES.

...Las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado cumplirán las disposiciones legales vigentes en /o que tiene que ver con la protección al adolescente trabajador y la protección a la maternidad."

Las normas generales de protección a la maternidad están consagradas en el Código Sustantivo del Trabajo, referentes al derecho a la licencia y la lactancia, y la prohibición de despedir a la trabajadora durante el embarazo y la licencia de maternidad.

En efecto, el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 35 de la Ley 50 de 1990, establece:

"ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPEDIR.

1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia.

2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente.

En cumplimiento de lo anterior, es necesario que el empleador solicite al Inspector de Trabajo el permiso para poder despedir a la empleada que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, sustentado el requerimiento en las faltas cometidas por la misma y reguladas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo."

Lo anteriormente indicado significa que el fuero de maternidad establecido por el legislador para las madres trabajadoras, comprende el período de gestación y los tres meses posteriores al parto (licencia de maternidad), caso en el cual, deberá solicitarse la autorización al Inspector de Trabajo para terminar el vínculo asociativo con la trabajadora en estado de gravidez, so pena de la ineficacia de la terminación sin el cumplimiento de este requisito.

No obstante, y en caso de presentarse algún conflicto, el artículo 38 del Decreto 4588 de 2006, ha señalado que:

"ARTÍCULO 38º. FORMAS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS DE TRABAJO.

Las diferencias que surjan entre las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado y sus asociados en virtud de actos cooperativos de trabajo, se someterán en primer lugar a los procedimientos de arreglo de conflictos por vía de conciliación estipulados en los estatutos. Agotada esta instancia, si fuera posible, se someterán al procedimiento arbitral de que trata el Código de Procedimiento Civil, o a la jurisdicción laboral ordinaria".

Con fundamento en lo anterior y partiendo de la base de que el sector cooperativo no estará sujeto a la legislación laboral aplicable a los trabajadores dependientes, las diferencias que surjan se someterán en primera instancia a los mecanismos de conciliación que se hayan establecido en los respectivos reglamentos y estatutos de la Cooperativa o Precooperativa de Trabajo Asociado, y agotada la conciliación, se podrán dirigir al proceso arbitral previsto en el título XXXIII del Código de Procedimiento Civil o a la justicia laboral ordinaria, teniendo en ambos casos, las normas estatutarias como fuente de derecho.

La protección especial consagrada en la ley para las trabajadoras en estado de gravidez, es igualmente aplicable si se encuentra vinculada en una cooperativa cuya naturaleza sea distinta a las de trabajo asociado, pues en este caso, es aplicable el fuero de maternidad durante el periodo de gestación y la licencia de maternidad, o el empleador deberá solicitar la previa autorización al Inspector del Trabajo para no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo³²⁰.

3.5. LA PRESTACIÓN POR MATERNIDAD EN LAS MUTUALIDADES DE PREVISIÓN SOCIAL EN ESPAÑA.

Abordaremos ahora, el tema de previsión social, y la prestación por maternidad en las mismas.

El régimen jurídico de las mutualidades de previsión social depende de su ámbito de actuación. Las mutualidades de previsión social realizan una actividad aseguradora y en la distribución general de competencias en materia de seguros, la Constitución en su artículo 149.1.11ª atribuye al Estado la legislación básica. De este modo resulta precisa la coordinación del ámbito de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Esta coordinación se ha llevado a cabo por el Tribunal Constitucional, en su Sentencia 86/1989, de 11 de mayo,

³²⁰ Concepto 183276 de 30 de Junio de 2010 Ministerio de la Protección Social. Protección para trabajadora embarazada vinculada a Cooperativa de Trabajo Asociado.

resolutoria de los recursos de inconstitucionalidad contra determinados preceptos de la Ley 33/1984, de 2 de agosto³²¹.

En el caso de las trabajadoras dadas de alta en las mutualidades, las mismas tienen la libertad de prever o no la cobertura de la contingencia por maternidad.

Ya antes se ha comentado el absurdo que supone mantener la voluntariedad en una prestación tan fundamental en los casos en los que la protección mutua es alternativa de la Seguridad Social. El primer supuesto es, pues el de que la mutua de previsión social no haya contemplado la protección de la maternidad. El segundo que si la haya contemplado, como protección voluntario, ora como cobertura perceptiva³²².

a) Mutualidad de Previsión Social sin cobertura prevista.

A este caso se asemeja el de la madre que no se encuentra dentro del sistema de la Seguridad social ni en el ámbito profesional de cobertura de una mutua alternativa al sistema. O el de la profesional asegurada por una mutua que contempla protección por maternidad, pero a la cual no haya accedido por causas ajenas a su voluntad, a causa de no reunir las condiciones pese a haber optado proteger la maternidad. Ella no es titular de ningún derecho, pero el otro progenitor puede disfrutar del subsidio de Seguridad social si reúne los requisitos previstos y disfruta de hecho del correspondiente periodo de descanso. El periodo es el que le hubiera correspondido a la madre, normalmente dieciséis semanas y el derecho es compatible con el de paternidad.

Para estas mujeres, no hay duda alguna desde un plano legal no ostentan ningún derecho propio. El del otro progenitor es contingente de su propia situación

³²¹ Aguilera Izquiero, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., "Protección Social Complementaria", Ed. Tecnos, Madrid, 2005, págs. 215 a 218.

³²² Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades" en Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 350-359.

"... En este caso, el problema se bifurca, en atención a si la mutualidad ha previsto o no la cobertura de la contingencia por maternidad ...".

profesional. A ellas, solo les queda el magro consuelo, de que su actividad profesional sitúa a sus parejas en una curiosa posición de “beneficiarios reflejos” del derecho. Es decir, titulares de un derecho propio por inexistencia de derecho originario de la madre. El único comentario que queda por hacer es que este sistema refuerza el modelo característico de hombre sostenedor económico de la familia y mujer encargada de la labor de cuidado. Porque, en la práctica, al margen de las situaciones tan gravosas de madres reincorporadas muy prematuramente a su actividad profesional, se produce una situación de fuerte incentivo al abandono temporal y en algunos casos definitivos del ejercicio de la actividad por cuenta propia³²³.

Con todo y como ahora se analiza, el propio art. 3.4³²⁴ resulta todo un incentivo para que las mutuas de previsión social no reconozcan como cobertura voluntaria ni tampoco obligatoria la maternidad. Es mejor no hacerlo, so pena de que muchas mutualistas produzcan la pérdida de derechos en sus parejas.

³²³ Véase en el mismo sentido:

Sánz Merino, A.R., “Manual Básico del Sistema de Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 736-737.
:

“... En este mismo caso, y en caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente período de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo durante el período que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad”...

³²⁴ Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural.

“Artículo 3. Beneficiarios.

... 4. En caso de parto, cuando la madre fuera trabajadora por cuenta propia que, en razón de su actividad profesional, estuviera incorporada a la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional, y no tuviera derecho a prestaciones por no estar prevista la protección por maternidad en la correspondiente mutualidad, el otro progenitor, si reúne los requisitos exigidos y disfruta del correspondiente periodo de descanso, podrá percibir el subsidio por maternidad, como máximo, durante el periodo que hubiera correspondido a la madre, siendo, además, dicho subsidio compatible con el subsidio por paternidad. Se otorgará el mismo tratamiento cuando la interesada, por causas ajenas a su voluntad, no reuniera las condiciones exigidas para la concesión de la prestación a cargo de la mutualidad, pese a haber optado por incluir la protección por maternidad desde el momento en que pudo ejercitar dicha opción, con ocasión del ejercicio de la actividad profesional ...”.

b) Mutualidad de Previsión Social con cobertura prevista.

En este caso, la norma despliega una gran incoherencia: como la madre ya tiene o puede tener un derecho propio, el otro progenitor no puede acceder al subsidio de Seguridad Social por maternidad. Teóricamente, la solución es coherente con la pretendida imposibilidad de que la profesional autónoma de alta en el sistema de Seguridad Social transfiera su derecho. Pero esta es toda la sintonía.

Porque una pregunta obvia se refiere a qué es tener derecho a “prestaciones”. Dicho en otros términos, habría que averiguar cual es la calidad mínima de la prestación para que merezca ser tenida en consideración. Parece que ninguna, pero ello resulta absurdo³²⁵. En el caso de la mutualidad de la abogacía, se reconocen sesenta días de prestación, asociadas a una carencia de trescientos días desde la suscripción del seguro hasta el embarazo. Ocho semanas y media son algo más que el período de descanso obligatorio de seis semanas, y pero poco más de la mitad del derecho ordinario de los arts. 133 bis y siguientes de la Ley General de la Seguridad Social.

Además, la protección de la maternidad es obligatoria y básica en el RETA. Pero no es así en las mutualidades, al menos en la mayoría de las que dan cobertura a esta contingencia. En estas circunstancias, si opta por no cubrirla, tampoco el otro progenitor tendrá derecho alguno. Situación que suscita la paradoja de que quien no está de alta en el Sistema de Seguridad Social ni en ninguna mutualidad de previsión social, de modo que no tiene derecho a prestaciones, no puede ser beneficiario del derecho al subsidio de maternidad cedido por el otro progenitor. Incluso podría ser que esta persona estuviese asegurada en la misma mutualidad, pero no por razón de su actividad profesional, sino simplemente como sistema complementario de Seguridad Social de tipo individual. En tal caso, aunque no hubiese dado cobertura a la maternidad, el otro progenitor tendrá derecho al oportuno subsidio.

³²⁵ Cabeza Pereiro, J., “La maternidad de las profesionales por mutualidades” en “Mujer, Trabajo y Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, págs. 346 a 359

A partir de ahí, se plantea una reflexión teórica, pero de claras consecuencias prácticas: si la cobertura de la maternidad se organiza como un aseguramiento voluntario, no parece que deba tener incidencia en el régimen público de la Seguridad Social. Lo contrario, esto es, la postura que sigue el RD 295/2009, implica una quiebra de los principios generales del sistema de Seguridad Social. Si el art. 39.2 LGSS expresa que la Seguridad Social no puede ser objeto de contratación colectiva, parece coherente añadir que tampoco debe ser afectada por operaciones privadas de aseguramiento, por más que las mismas se superpongan a un sistema privado alternativo del público. Sin embargo, el art. 3,4 del RD supedita el derecho del otro progenitor al subsidio a que la madre no disponga de oferta aseguradora en el mercado privado, pero de oferta precisamente procedente de la mutualidad de previsión social, con la cual, por razón de su actividad profesional, tiene protegidas las coberturas que se consideran básicas en la misma, cualesquiera que éstas sean.

Desde un prisma más práctico, el régimen reglamentario muestra más incoherencias. Primero, porque es todo un llamamiento a que las mutualidades de previsión social no avancen en la protección por maternidad. Lo más aconsejable, en la práctica es que no le otorguen cobertura. Sería mucho más aconsejable que los colegios profesionales concertase una protección paralela, a través de una entidad de seguro distinta de la mutua de previsión que ofrece la protección profesional. Y por supuesto el RD invita a las mutualidades que ya ofrecían la protección de la maternidad a que modifiquen sus estatutos o sus normas internas de desarrollo para eliminar la protección.

Así pues, en toda esta sinrazón, la única interpretación plausible del art. 48.4, en lo relativo a la madre que no tenga derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones debe ser la de que por “prestaciones” no pueden entenderse sino las del sistema de Seguridad Social. Por consiguiente, los otros progenitores, en el caso de madres aseguradas por mutualidades de previsión social alternativas, ostentan un derecho originario al subsidio de maternidad durante el período íntegro de dieciséis semanas y ya tengan dichas madres protección o no por maternidad como cobertura mínima o complementaria de la

mutualidad. A fin de cuentas, ésta no es obligatoria en los términos del art- 48.4 ET en ningún caso, de tal manera, que no debe tenerse en consideración. Del mismo modo que, en contra de la jurisprudencia en la actualidad preponderante debe reconocerse que las madres autónomas de alta en un régimen del Sistema de Seguridad Social pueden en todo caso transferirle al otro progenitor el período de descanso voluntario.³²⁶

³²⁶ Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/ Santa Cruz de Tenerife de 30 de marzo de 2009, relativo a un supuesto previo a la entrega en vigor del RD 295/2009. Se trata de un pronunciamiento muy sintomático de cómo se propician en el sistema español, los desarrollos normativos. Dicho pronunciamiento se refiere a que prescinde de toda a la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, es más, no tiene el cuidado de aludir al art. 48.4 de conformidad con la redacción vigente en la fecha del parto (agosto 2 de 2007). Mucho menos, por supuesto, reflexiona sobre si se pudo haber producido una discriminación por embarazo. De otro lado se puede notar claramente que la Sala hace suyos los argumentos de la entidad gestora.

**CAPÍTULO 4: EL FUERO POR MATERNIDAD O
ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA POR
MATERNIDAD EN LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD
SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

La protección de la maternidad de las mujeres empleadas es un elemento esencial en la igualdad de oportunidades. Tal protección, pretende que las mujeres combinen satisfactoriamente sus roles reproductivo y productivo, y evitar de ese modo, la desigualdad de trato en el empleo.

Históricamente, la protección de la maternidad ha constituido una preocupación fundamental de la OIT desde su creación: entre las primeras normas internacionales del trabajo adoptadas en 1919 cabe mencionar el Convenio núm. 3 relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto.³²⁷

Los elementos propios de la protección de la maternidad recogidos en las normas más recientes en la materia, el Convenio núm. 183 y la Recomendación núm. 191 (2000), son la licencia de maternidad (derecho de la madre a gozar de un período de descanso tras el parto); las prestaciones en metálico y de atención médica (derecho a prestaciones en metálico durante la ausencia por maternidad); la protección de la salud de la madre y el hijo durante el embarazo, el parto y la lactancia; el derecho de la madre a amamantar al hijo tras su reincorporación al trabajo; y la protección del empleo y la no discriminación (garantizar la seguridad en el empleo para la mujer y el derecho a reincorporarse, al término de su licencia, al mismo puesto de trabajo o a uno similar y con una remuneración equivalente).

El Convenio núm. 183 amplió además el alcance de la cobertura para incluir a las mujeres que trabajan en la economía informal o en formas atípicas de trabajo

³²⁷OIT: www.ilo.org Decent Work, Trabajo número 65, Abril, 2009.

“... Proteger el Futuro: Maternidad, Paternidad y Trabajo: “La licencia de paternidad responde a la idea de que los hombres concilien el trabajo y la vida familiar, y además presten ayuda a la mujer. Se trata de un breve período del que goza el padre en torno a la fecha del parto de su hijo. Las disposiciones relativas a este tipo de permiso se extienden cada día más en todo el mundo, y reflejan la evolución de las ideas sobre la paternidad y los papeles de los progenitores, así como las necesidades de los hombres, y de las mujeres, de conciliar la vida laboral y familiar. Es posible que estos cambios en las relaciones y las percepciones anuncien enfoques más equilibrados en la cuestión de género con relación a la prestación de cuidados y al trabajo no remunerado ...”.

dependiente. A menudo, estas mujeres no han gozado de ningún tipo de protección jurídica, y su salud materna está sumamente expuesta a riesgos.³²⁸

La estabilidad reforzada laboral de la mujer en embarazo o fuero por maternidad, tiene por objetivo impedir que cualquier trabajadora, por razón o causa del embarazo, sea despedida. De allí que la presunción legal entiende que el despido tiene por motivo el embarazo o la lactancia, cuando durante la gestación o dentro de los tres meses siguientes al parto se termina la relación laboral, sin justa causa para ello, sin observación de los procedimientos legales establecidos y sin la autorización del inspector de trabajo. Coherentemente, si se presentan estas circunstancias, la mujer tiene derecho a ser indemnizada y su empleador la debe mantener contratada durante el lapso en que ella goza de la licencia de maternidad³²⁹.

4.1. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

La estabilidad en el empleo a lo largo de la historia de las relaciones de trabajo se ha convertido en una de las grandes conquistas a alcanzar por parte de la clase trabajadora. Innumerables han sido las normas del ordenamiento jurídico colombiano, que han concedido a ciertos trabajadores, por sus condiciones especiales, el privilegio de la deseada estabilidad absoluta, que consolida el nexo del trabajador con la empresa por cuanto sólo puede ser dado de baja en la misma con justa causa.³³⁰

³²⁸ OIT "Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente" Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009, pág. 8 y ss.

³²⁹ Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª Reunión, "La Protección de la Maternidad en el Trabajo", 1999.

³³⁰ Rojas A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral Reforzada", Ed. Universidad del norte, Bogotá, 2003, págs.16 y ss.

"... Colombia es un Estado Social de Derecho, así lo establece el artículo 1° de nuestra Constitución política, el cual «hace referencia a la forma de organización política que tiene como uno de sus objetivos combatir las penurias económicas y sociales y las desventajas de diversos sectores, grupos o personas de la población, prestándole asistencia y protección»...

En otras palabras, el trabajador no puede ser retirado de su puesto de trabajo sin justa causa, y en algunos casos con la participación de la autorización de autoridad competente. Si el empleador no procede de esa manera, el despido será ineficaz, no producirá efecto alguno, y será ordenado a reintegrar al trabajador³³¹.

La estabilidad en el empleo también se ha visto afectada por consecuencia de la flexibilización laboral, que ha obligado al legislador a crear nuevas formas de contratación que afectan los intereses de los trabajadores.

Pero también es cierto que la situación económica que se vive en la actualidad tanto en Colombia como en España, ni siquiera permite por parte de las empresas crear nuevos puestos de trabajo, lo que hace imposible la contratación indefinida de personal y sólo queda conformarse con un contrato a término fijo, que permita, así sea temporalmente, poder satisfacer las necesidades básicas del trabajador.

Es cierto que en Colombia perdura la estabilidad relativa en el trabajo, que el trabajador puede ser retirado de su puesto de trabajo con el solo pago de la indemnización correspondiente, sin acción alguna en contra del empleador.

La excepción está constituida por la estabilidad laboral absoluta, como es en el caso de los trabajadores aforados por su actividad sindical o en el caso de la trabajadora en estado de gravidez.

La estabilidad laboral absoluta no tiene como fin esencial proteger al trabajador de las adversidades económicas que pueda vivir su fuente de trabajo; su existencia

³³¹ Lemaitre Ripoll, J., "Alcances de la Reforma Legal. La prohibición de despido a la mujer embarazada en Colombia", en "Más allá del derecho, justicia y género en América Latina, Siglo del Hombre", Ed. Red Alas, Bogotá, 2006, págs. 41 a 59.

"... Es indudable que con la expedición de la Constitución de 1991 el derecho laboral ha adquirido un rango superior al que tenía anteriormente. Esto se debe a que se considera al Estado colombiano como Estado Social de Derecho, a la especial protección que goza el trabajo por parte del Estado, a la consagración como derecho fundamental, a las garantías exclusivas establecidas en el artículo 53 de la Carta, al establecimiento de la tutela como mecanismo para evitar la violación de derechos fundamentales, entre otras ...".

tiende a proteger al trabajador que por sus condiciones especiales es más vulnerable al despido por causas distintas al trabajo que desempeña, como es el caso de la trabajadora en estado de embarazo³³².

El fuero de maternidad, consagrado en el Código Sustantivo del Trabajo³³³, presume que el despido de la mujer trabajadora durante el tiempo de embarazo o en los tres meses posteriores al parto es por razón de su estado de gravidez. Igual sucede con el fuero sindical, debido al cual el trabajador es más vulnerable a ser despedido por la actividad sindical que desempeña, que en todos los casos va en contra de los intereses capitalistas del empleador.

El fuero de maternidad tiene sus fundamentos en la norma constitucional que pretende evitar que la trabajadora que se encuentre en estado de gravidez sea discriminada por su estado excepcional, es el desarrollo del derecho a la igualdad, que establece que nadie puede ser tratado de manera diferente por razón de su sexo, raza, religión, lengua u opinión política, y el Estado se compromete a promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva, brindándole protección a las personas que por su condición económica, física o mental se encontraren en situación de debilidad manifiesta.

También se agregan los principios que el constituyente le estableció al legislador para que con base en ellos se creara el nuevo estatuto del trabajo, que como bien es sabido, está vinculado directamente con las relaciones de trabajo.

³³² Diduck, A., "Legalizando las Ideologías Sobre la Maternidad", en: Revista Pensamiento Jurídico, n° 3, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995, págs. 26 a 31.

³³³ Código Sustantivo del Trabajo

"ARTICULO 239. PROHIBICION DE DESPEDIR. 1. Ninguna trabajadora puede ser despedida por motivo de embarazo o lactancia. 2. Se presume que el despido se ha efectuado por motivo de embarazo o lactancia, cuando ha tenido lugar dentro del período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, y sin autorización de las autoridades de que trata el artículo siguiente. 3. La trabajadora despedida sin autorización de las autoridades tiene derecho al pago de una indemnización equivalente a los salarios de sesenta (60) días, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el contrato de trabajo y, además, el pago de las doce (12) semanas de descanso remunerado de que trata este capítulo, si no lo ha tomado".

La Corte Constitucional consagra la especial protección a la mujer y a la maternidad. De ahí que puede ser tomada como fundamento del fuero de maternidad la disposición constitucional que señala la especial protección a la mujer por parte del Estado, sin consideración a si ella labora o no, a no ser sometida a ninguna clase de discriminación, a la asistencia y protección *durante y después del parto* y el apoyo a la mujer cabeza de familia.

Con el fuero también se busca proteger el derecho de los niños, lo cual recae sobre el nasciturus o el recién nacido.

Los convenios y recomendaciones de la OIT ratificados por Colombia garantizan la protección a la trabajadora en estado de gravidez, hacen parte del ordenamiento colombiano, los cuales sirven como fuente de aplicación supletoria en materia laboral, y en algunos casos llegan a ser considerados dentro del bloque de constitucionalidad.

La protección a la mujer en estado de gravidez no sólo se limita a las relaciones privadas de trabajo, sino que este mandato constitucional es aplicable a las servidoras públicas; esto incluye a las vinculadas a la administración por relación legal y reglamentaria (empleada pública) y a las vinculadas por relación contractual (trabajadora oficial), pero la indemnización prevista por esas normas, ha dicho la Corte Constitucional, en su sentencia C-470 de 1997, lo siguiente:

“Es exequible siempre y cuando se entienda que carece de todo efecto el despido de una servidora pública durante el embarazo o en los tres meses posteriores al parto, sin la correspondiente autorización previa del funcionario del trabajo competente, en el caso de las trabajadoras oficiales, o sin la correspondiente autorización motivada del jefe respectivo, en donde se verifique la justa causa para el despido, en el caso de las empleadas públicas,”

El fuero de maternidad, supone la estabilidad laboral absoluta, en virtud de la cual se presume que todo despido de mujer embarazada o en estado de lactancia es consecuencia de una discriminación originada en su estado de gravidez.

En consecuencia, el empleador que decide retirar del servicio a una mujer embarazada tiene que desvirtuar esa presunción. Para ello deberá explicar suficiente y razonablemente que el despido del cargo se produjo por razones laborales y no por causas imputables al embarazo³³⁴.

Aunque el fuero de maternidad esté plenamente garantizado por parte de la legislación laboral, es de entenderse que este fuero no opera automáticamente por el simple hecho de que la trabajadora se encuentre en estado de gravidez; es indispensable la comunicación del suceso al empleador, o quien haga sus veces, en caso de haber representante, salvo que no opere de ninguna manera esta protección legal, ya que el patrono no puede estar obligado a conocer o presumir por sí solo el estado de embarazo de la trabajadora.

Pero ello no es totalmente cierto; en algunos casos se puede prescindir de esta comunicación y sin embargo el fuero es totalmente operante, como sería en la situación de que la trabajadora presente claras señales de su estado de embarazo y tenga frecuentemente contacto con el empleador; es evidente su estado de gravidez y el empleador lo sabe. Sería contrario a la lógica decir que no conocía del estado de embarazo de la trabajadora.

³³⁴ Código Sustantivo del Trabajo:

“ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR. 1. Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. 2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes. 3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto. 2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados ...”.

El artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo establece que las normas laborales son de orden público y por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley, pero nada impide que se pacte convencionalmente ya sea por medio del contrato, el reglamento interno de trabajo, la convención o pacto colectivo, derechos a favor de los trabajadores que constituyen, en la mayoría de los casos, conquistas de éstos sobre las condiciones de trabajo, caso en el cual éstas prevalecerán en virtud del principio de la favorabilidad.

En caso que no haya norma convencional aplicable, prevalecerán las establecidas en el Código Sustantivo del Trabajo o en cualquier otra norma que regule el trabajo humano subordinado.

Se da por sentado que el fuero de maternidad opera sobre la presunción de que el despido se debe por causa del embarazo. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado los requisitos para que opere dicha presunción:

- a) Que el patrono haya despedido a la trabajadora,
- b) Que dicho despido se haya producido cuando ésta se encontraba dentro del periodo de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto, según el caso,
- c) Que el patrono no haya obtenido para proceder de esta manera la debida autorización del inspector del trabajo, o del alcalde del lugar si faltare éste.

En la misma argumentación se basa la Corte Constitucional para determinar la viabilidad de la tutela para garantizar los derechos fundamentales de la trabajadora que estando embarazada sea despedida³³⁵.

³³⁵ Rojas, A. "Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad laboral", Ed. UniNorte, Bogotá, 2003, págs. 17 a 32.

La maternidad goza de protección especial del Estado. Ello se desprende de la normatividad constitucional y legal en la materia, la cual apunta a prohibir algunos trabajos durante la etapa del embarazo, a despedir en el mismo estado y a gozar de descansos remunerados tanto en la época de parto como de lactancia, tal y como se ha expuesto con anterioridad.

En efecto, la protección a la mujer embarazada y a la madre tiene múltiples fundamentos en el ordenamiento constitucional colombiano.

Así, de un lado, se trata de lograr una igualdad efectiva entre los sexos, por lo cual, el art. 43 de la Constitución Nacional, que establece esa cláusula específica de igualdad, agrega que la mujer, “durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”.

Esto significa que el especial cuidado que la Carta ordena a favor de la mujer embarazada es, en primer término un mecanismo para amparar la dignidad y los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de las mujeres, pues el hecho de la maternidad había sido en el pasado fuente de múltiples discriminaciones contra las mujeres, hoy día esta condición natural y especial de las mujeres, sirve para enaltecerlas.

Así, en efecto, sin una protección especial del Estado a la maternidad, la igualdad entre los sexos no sería real y efectiva, y por ende la mujer no podría libremente elegir ser madre, debido a las adversas consecuencias que tal decisión tendría sobre su situación social y laboral.

De otro lado, la Constitución protege a la mujer en estado de gravidez debido a la importancia que ocupa la vida en el ordenamiento constitucional, a tal punto que el nasciturus recibe amparo jurídico en el ordenamiento colombiano. Por ello la mujer en estado de embarazo es también protegida en forma preferencial por el ordenamiento como gestora de la vida que es.

Como obvia consecuencia de las anteriores consideraciones, la Constitución no solo tutela a la mujer embarazada sino a la madre, no solo como un instrumento para un mayor logro de la igualdad entre los sexos sino, además como un mecanismo para proteger los derechos de los niños, los cuales, según expreso mandato constitucional, prevalecen sobre los derechos de los demás.

En efecto, de esa manera se pretende que la mujer pueda brindar la necesaria atención a sus hijos, sin que por ello sea objeto de discriminaciones en otros campos de la vida social, como el trabajo, con lo cual se busca garantizar el buen cuidado y la alimentación de los recién nacidos.

Finalmente, este especial cuidado a la mujer embarazada y a la madre es a la maternidad en este campo también expresión de la centralidad que ocupa la familia en el orden constitucional colombiano, ya que ésta es la institución básica de la sociedad, por lo cual recibe una protección integral de parte de la sociedad y del Estado.

En efecto, ...*“Si la mujer que va a tener un hijo, o la madre que acaba de tenerlo, no recibieran un apoyo específico, los lazos familiares podrían verse gravemente afectados...”*³³⁶

³³⁶ Así lo señala la Sentencia T-999 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

En la misma también se indica que *“... Los anteriores fundamentos, recogidos por la doctrina constitucional desde la sentencia C-470 de 1997, muestran que tal y como la Corte lo ha indicado en reiteradas oportunidades, la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo ...”*.

Véase también al respecto:

Sentencia T-179 de 1993, Sentencia T-694 de 1996, Sentencia T-568 de 1996 de la, Sentencia T075 de 2001, Sentencia SU 111 de 1997 y Sentencia T-568 de 1996, Sentencia T-1013 de 2002 de la Corte Constitucional Colombiana.

Todos esos Pronunciamientos reiteran la importancia del pago de la licencia por maternidad a la madre, aduciendo que:

“... La Corte Constitucional viene sosteniendo en su jurisprudencia, que en aquellos casos en los cuales ha transcurrido el término de la licencia de maternidad sin que ésta le haya sido satisfecha a la madre, la vía para obtener su reconocimiento y pago no es la acción de tutela sino la ordinaria laboral, por cuanto no resultaba acertado señalar que concluido tal período de tiempo, el mínimo vital de la madre o el menor estén siendo afectados, pues en todo caso, el posible daño ya se habrá consumado, tornando improcedente la acción de tutela que se interponga en estas circunstancias, de conformidad con el art. 6 del Decreto 2591 de 1991 ...”.

Estos múltiples fundamentos constitucionales muestran que la mujer embarazada y su hijo gozan de la especial protección del Estado y de la sociedad, lo cual tiene una consecuencia jurídica importante: el ordenamiento jurídico debe brindar una garantía especial y efectiva a los derechos de la mujer que va a ser madre, o que acaba de serlo.

El deber de protección se proyecta en todos los campos de la vida social, como la salud o la alimentación, pero adquiere una particular relevancia en el ámbito laboral ya que, debido a la maternidad, la mujer había sido y sigue siendo objeto de graves discriminaciones en las relaciones de trabajo.³³⁷

Por tal razón, la Constitución, y múltiples convenios internacionales de derechos humanos, ordenan un especial cuidado a la mujer y a la maternidad en este campo. Así, el art. 53 de la Carta, luego de señalar los principios mínimos que se deben aplicar en todas las esferas del derecho laboral, establece con claridad que debe brindarse una protección especial a la mujer y a la maternidad.

“... La finalidad de la licencia remunerada de maternidad es, como ya se indicó, la de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el periodo posterior al parto, característica que permite ubicar a esta prestación en el rango de las que conforman el mínimo vital. Vencido este periodo, la licencia pierde tal carácter.”

“Por ello, la jurisprudencia de la Corte afirma que para el caso específico del pago de la licencia de maternidad, la protección en sede de tutela se torna improcedente si la acción se presenta después de que ha fenecido su término (doce semanas, de acuerdo al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo), conforme a los siguientes criterios:

a. Si se ha solicitado el amparo después del término de la incapacidad, se presume que la madre no requirió la prestación económica para solventar sus necesidades básicas y del menor durante ese lapso y por ello el juicio de existencia sobre la afectación del mínimo vital se decide de manera negativa.

b. Si transcurre el término de la licencia sin que se cancele el descanso remunerado respectivo, se presenta un perjuicio causado y por ello no es posible proteger los derechos a través de la acción de tutela, según lo consagrado en el numeral 4º del artículo 6º del Decreto Ley 2591 de 1991 ...”.

³³⁷ Sentencia T-118 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana:

La Corte en este caso negó el pago de la licencia de maternidad pues la tutela se interpuso el 15 de agosto de 2002 fecha posterior a la finalización del término de la licencia de maternidad, que comprendió del 27 de marzo al 28 de junio de 2002. M . P. Clara Inés Vargas Hernández.

En el mismo sentido, Véase:

Sentencia T- 029 de 2003 de la Corte Constitucional Colombiana.

La especial protección laboral a la mujer embarazada implica que los principios constitucionales del trabajo adquieren mayor fuerza en estos casos. En efecto, si se admitiera que a la madre, o a la mujer que va a ser madre, se encuentran protegidos por los principios laborales en forma idéntica a cualquier otro trabajador, entonces se estaría desconociendo la especial protección que la Constitución y los instrumentos y los institutos internacionales ordenan en estos eventos.

Por consiguiente, los principios constitucionales del art. 53, que son normas directamente aplicables en todas las relaciones laborales, adquieren, si se quiere todavía mayor fuerza normativa cuando se trata de una mujer embarazada, por cuanto ella debe ser protegida de forma especial por el ordenamiento.

Existe pues, conforme se desprende del anterior análisis, un verdadero fuero de maternidad, el cual comprende esos amparos específicos que necesariamente el derecho debe prever a favor de la mujer embarazada, tales como el descanso remunerado a la mujer antes y después del parto, la prestación de los servicios médicos y hospitalarios, la licencia remunerada para la lactancia del recién nacido, y una estabilidad laboral reforzada.

Esta mayor fuerza normativa de los principios constitucionales del trabajo, cuando se trata de mujeres embarazadas, es clara en materia de garantía a la estabilidad en el empleo.

En efecto, y conforme al art. 53 de la Constitución Política, todos los trabajadores tienen una protección legal frente al despido por parte del empleador, ésta protección se torna aún más fuerte, en determinados eventos, en los que cabe hablar de un derecho constitucional a una estabilidad laboral reforzada, siendo este, el caso de la trabajadora en estado de embarazo, pues esta situación, se ha constituido en una de las manifestaciones más claras de discriminación sexual, generando el despido injustificado de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, a fin de evitar los 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 los sexos, si no existe una protección reforzada a la estabilidad laboral de la mujer embarazada. Así, el ordinal segundo del art. 11 de la mencionada convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece, respecto a la estabilidad laboral y la licencia por maternidad, lo siguiente:

“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:

- a) 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 civil;*
- b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales”.*

Nótese que esta Convención protege no solo la remuneración laboral de la mujer embarazada sino, como lo dice claramente el texto, busca asegurarle su derecho efectivo a trabajar, lo cual concuerda con el primer ordinal de ese mismo artículo que consagra que el derecho al trabajo es un derecho inalienable de todo ser humano”³³⁸.

Conforme con esas normas, no es entonces suficiente que los Estados protejan los ingresos laborales de estas mujeres sino que es necesario que, además, se les asegure efectivamente la posibilidad de trabajar.

³³⁸ Convención de las Naciones Unidas. Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

El 18 de diciembre de 1979, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, que entró en vigor como tratado internacional el 3 de septiembre de 1981 tras su ratificación por 20 países. En 1989, décimo aniversario de la Convención, casi 100 naciones han declarado que se consideran obligadas por sus disposiciones.

Lo anterior, coincide con la Recomendación 95 de la O.I.T. de 1952, sobre protección de la maternidad, la cual si bien no tiene en sí misma fuerza normativa, pues no es un tratado internacional, constituye una pauta hermenéutica para precisar el alcance de la protección a la estabilidad de la mujer embarazada.

Según el art. 40 de ese documento internacional, una protección idónea del empleo de la mujer antes y después del parto indica que se debe no solo salvaguardar la antigüedad de estas trabajadoras durante la ausencia legal, “antes y después del parto” sino que, además, se les debe asegurar “su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido con la misma tasa”.

En general el derecho a la estabilidad laboral consiste en la garantía que tiene todo trabajador a permanecer en el empleo y a obtener los correspondientes beneficios salariales y prestacionales, incluso contra la voluntad del patrono, si no existe una causa relevante que justifique el despido.

La doctrina ha entendido entonces que el principio de estabilidad laboral configura, en cabeza de los trabajadores, un verdadero derecho jurídico de resistencia al despido, el cual es expresión del hecho de que los fenómenos laborales no se rigen exclusivamente por el principio de la autonomía de la voluntad, ya que están en juego otros valores constitucionales, en especial la propia dignidad del trabajador y la búsqueda de una mayor igualdad entre patrono y empleado.

Por ello, en función del principio de la estabilidad laboral, y de la especial protección al trabajo, no basta el deseo empresarial para que pueda cesar una relación de trabajo sino que es necesario que se configure una justa causa en los términos señalados por la ley, y en armonía con los valores constitucionales.

Ahora bien, una estabilidad reforzada implica que el ordenamiento debe lograr una garantía real y efectiva al derecho constitucional que tiene una mujer embarazada a no ser despedida, en ningún caso, por razón de la maternidad.

La protección tiene entonces que ser eficaz, por lo cual su regulación y aplicación está sometida a un control constitucional más estricto pues, la Constitución ordena un amparo especial a la estabilidad laboral de las mujeres que se encuentran en estado de gravidez, por lo cual no es suficiente que el ordenamiento legal asegure unos ingresos monetarios a estas trabajadoras, sino que es necesario protegerles eficazmente su derecho efectivo a trabajar.

Ese derecho efectivo, implica que el mismo estado de embarazo impone al empleador algunas prohibiciones. En este sentido, la mujer embarazada no puede ser obligada a laborar en condiciones insalubres, en actividades peligrosas o que requieran grandes esfuerzos, para la trabajadora en estado de gravidez a punto de poner en peligro su embarazo y su propia vida.³³⁹

De la doctrina de la Corte Constitucional contenida en varias sentencias de tutela, entre otras, la Sentencia T-906 de 2007, la Sentencia T-095 de 2008, la Sentencia T-1069 de 2008, la Sentencia T-635 de 2009, la Sentencia T-649 de 2009 y la Sentencia T-004 de 2010, se derivan las siguientes reglas sobre el fuero por maternidad del que gozan las trabajadoras en estado de embarazo

- 1) Es una garantía que se consagra a favor de todas las trabajadoras sin importar la modalidad de contrato de trabajo³⁴⁰ “resultando irrelevante distinguir si se trata de contratos a término indefinido, fijo o por obra” (Sentencia T-649 de 2009). La Corte Constitucional ha dicho que “la estabilidad laboral reforzada de las mujeres en estado de embarazo opera

³³⁹ Rojas, A., “Fuero de Maternidad: Garantía a la Estabilidad Laboral”, Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003, págs. 126 a 141.

³⁴⁰ La Sentencia T-069 del 2010, el precedente constitucional más reciente sobre la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas, revisó seis fallos de tutela sobre el tema. Y aunque los procesos fueron iniciados por mujeres vinculadas a través de contratos de prestación de servicios, la protección fue concedida, con la tesis de que el fuero de maternidad debe garantizarse, independientemente de la modalidad de la vinculación laboral.

En fallo reciente, la Sección Quinta del Consejo de Estado retomó el salvamento parcial de voto presentado, en esa ocasión, por el magistrado Humberto Sierra Porto.

Según este magistrado, la tutela debió concederse de forma transitoria, teniendo en cuenta que el juez constitucional no puede definir si un contrato de prestación de servicios encubre una relación laboral. En su opinión, ese es un asunto legal que deben solucionar las jurisdicciones laboral o contencioso administrativa, a menos que se trate de una situación excepcional en la que el desconocimiento de la primacía de la realidad en las relaciones laborales vulnere derechos fundamentales del trabajador

siempre que se efectúe el despido o no se renueve el contrato a término fijo o por obra, en el periodo de embarazo de la trabajadora, lo cual requiere que se demuestre mediante un examen médico haber quedado en embarazo durante la vigencia del contrato” y señaló “que así se haga el preaviso, es decir se comunique 30 días antes de finalizar el contrato la no renovación de este, si la trabajadora queda en estado de gravidez antes o después de la comunicación, el empleador está en la obligación constitucional de renovar el contrato y reconocer todas las prestaciones, es decir los 3 meses de lactancia” (Sentencia T-1069 de 2008).

Ha dicho también la Corte que “... esta línea jurisprudencial aplica la estabilidad laboral reforzada a la mujer embarazada en todos los contratos, sin importar su clase y sin importar que el empleador sea público o privado; lo que se 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 ...” (Sentencia T-635 de 2009)

De igual manera, la Corte ha reconocido esta garantía a favor de mujeres vinculadas mediante contrato de aprendizaje (Sentencia T-906 de 2007).

- 2) Es una garantía que ampara también a las trabajadoras en el contexto de la tercerización laboral, pues “... cubre todas las modalidades de contratos incluidos los que suscriben las empresas de servicios temporales...” (Sentencia T-649 de 2009) y en este sentido “... las empresas temporales que contratan bajo la modalidad de “a término” o “por labor u obra contratada” no son la excepción a esa regla general ...”. Así lo juzgó esta Corporación, en sentencia T-472 de 2002 en la que señaló: “... la Corte siempre ha protegido los derechos de los trabajadores, sin especificar el tipo de contrato que se tenga con el empleador, con el fin de garantizar la Así mismo, las mujeres vinculadas de las cooperativas de trabajo asociado gozan de estabilidad reforzada...”. Según la Corte “La jurisprudencia constitucional ha establecido que la existencia de una relación entre cooperativa y cooperado no excluye necesariamente que se dé una relación laboral entre ellos; esto sucede cuando el cooperado no trabaja

directamente para la cooperativa, sino para un tercero, respecto del cual recibe órdenes y cumple horarios y la relación con el tercero surge por mandato de la cooperativa” (Sentencia T-635 de 2009 estabilidad laboral. Hay casos en los cuales, de igual manera debe existir protección constitucional, como en las empresas de servicios temporales” (Sentencia T-534 de 2009).

- 3) Para dar por terminado el contrato es necesario contar con la autorización previa del Ministerio de Protección Social. En la sentencia T-649 de 2009 reiteró la Corte lo expresado en la Sentencia T-404 de 2005, en la que señaló: “De todo lo expuesto se impone una conclusión: la mujer en el periodo de gestación o de lactancia goza de una estabilidad laboral cualificada o reforzada, en consecuencia, debe garantizarse su derecho efectivo a trabajar, independientemente³⁴¹ de la clase de contrato³⁴², esto

³⁴¹ La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional en relación con el derecho a la estabilidad laboral reforzada de las mujeres embarazadas parte de la idea de que el despido, en esos casos, es discriminatorio, porque afecta a un grupo de especial protección constitucional y vulnera los derechos de quien está por nacer.

Sobre ese supuesto, la Corte ha definido los criterios básicos que deben aplicar los jueces al resolver las tutelas promovidas para amparar ese derecho, los cuales están relacionados, entre otros aspectos, con la fecha del despido, la notificación del estado de embarazo y la afectación del mínimo vital de la tutelante.

Una de esas reglas ha sido especialmente polémica: la que ordena garantizar el fuero de maternidad, independientemente del tipo de vinculación laboral de la trabajadora.

La Sección Quinta del Consejo de Estado se pronunció al respecto, al negar la tutela que interpuso una contratista de la Contraloría General de la República que fue desvinculada de la entidad por el vencimiento del plazo de su contrato, a pesar de que estaba embarazada.

El fallo destaca que la posición de la Corte sobre ese punto no ha sido clara. De hecho, retoma los argumentos expuestos por el magistrado Humberto Sierra en un salvamento de voto a la Sentencia T-069 del 2010, que amparó el derecho a la estabilidad reforzada de varias mujeres vinculadas por contratos de prestación de servicios. Apoyándose en el salvamento, la Sección señaló que esos contratos no generan los mismos efectos jurídicos que la ley les da al contrato de trabajo y a la relación legal y reglamentaria.

La Sección estudió la tutela teniendo en cuenta el precedente constitucional sobre la protección laboral de las mujeres gestantes vinculadas a través de contratos de prestación de servicios. El análisis inició con la Sentencia T-687 del 2008. Este fallo señaló que las mujeres cuyo contrato de prestación de servicios termina en la época de la gestación son beneficiarias de la misma protección que tienen las mujeres que se encuentran en una relación laboral típica. Pero aclaró que el amparo solo se justifica en virtud de lo que se llamaría una regla de la experiencia: la tendencia de algunos empleadores a utilizar los contratos de prestación de servicios para distraer la configuración de una relación laboral.

Así las cosas, concluyó que la intervención del juez de tutela solo se justifica en situaciones excepcionales, cuando exista una relación laboral incontrovertible, oculta bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios.

es, de si es a término indefinido, o a término fijo, o por el tiempo que dure la realización de la obra o por la naturaleza de la labor contratada (contratos generalmente suscritos con empresas de servicios temporales). El despido de una mujer que se halla en esta condición, debe obedecer a una causal objetiva o causa justa debidamente comprobada, además de la autorización de la autoridad administrativa competente. El desconocimiento de los requisitos aludidos, hace que el despido sea ineficaz y procede el reintegro”.

- 4) Hay una presunción de despido por motivo del embarazo o la lactancia si se da por terminado el contrato sin la autorización previa. *“Al respecto, esta Corte sobre el ámbito de protección legal de la mujer en estado de embarazo, ha considerado que “la legislación laboral ha proscrito la posibilidad de despedir a cualquier mujer trabajadora por razón o por causa del embarazo y ha elevado a la categoría de presunción de despido por motivo de embarazo o de lactancia aquel que tiene lugar durante el período del embarazo o dentro de los tres meses posteriores al momento del parto cuando no media autorización del inspector de trabajo o del alcalde ni se tienen en cuenta los procedimientos legalmente establecidos”.* (Sentencia T-649 de 2009).
- 5) El conocimiento que del estado de embarazo tenga el empleador es un requisito de aplicación flexible. Ha dicho la Corte que *“las disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo, no establecen que el estado de gravidez debe ser conocido por el empleador antes de la terminación del contrato de*

Esa idea cambió con la Sentencia T-069. Como esa providencia señaló que la estabilidad laboral es independiente del tipo de relación contractual vigente entre la trabajadora embarazada y su empleador, la Corte prohibió desvincular a las mujeres en estado de embarazo o en periodo de lactancia, aunque su contrato sea laboral, de prestación de servicios, estén vinculadas por cooperativas o haya existido sustitución patronal.

Ese es el argumento que debatió la Sección Quinta. La corporación decidió que, en el caso fallado, el amparo no era procedente, porque la tutelante y la Contraloría coincidieron en que estuvieron vinculadas a través de un contrato de prestación de servicios.

Además, la mujer no demostró que la finalización de la relación jurídica tuviera un motivo diferente al vencimiento del contrato ni que su terminación afectara su mínimo vital.

³⁴² Subrayado fuera de texto.

trabajo, sino que la protección para la mujer opera siempre y cuando la terminación del vínculo laboral se haya efectuado dentro del período del embarazo o de lactancia, es decir que se trata de una protección objetiva en tanto se trata de en un asunto probatorio de difícil superación determinar si el embarazo fue o no conocido por el empleador antes de la terminación del contrato, lo que se presta para abusos y termina por colocar a las mujeres en una situación grave de indefensión.” (Sentencia T-649 de 2009).

- 6) Orden de reintegro e indemnización o pago de la licencia. Considera la Corte que *“es necesario que el juez de tutela verifique las particularidades de cada tipo de contratación para determinar la prestación económica a la que tiene derecho la mujer gestante, pues si bien la protección constitucional es de naturaleza objetiva, es decir, la exonera del deber de notificar a su empleador sobre su estado de gravidez por tratarse de un asunto de difícil superación probatoria y es suficiente que el embarazo hubiera empezado durante la vigencia del contrato para que opere la presunción de despido por motivo de embarazo o lactancia, como quedó dicho en la sentencia T-095 de 2008, lo único cierto es que el juez de tutela en cada caso concreto determinará las medidas necesarias para restablecer los derechos afectados”.*

En este orden de ideas, la Corte señala necesario que el juez constitucional en cada caso concreto verifique las circunstancias de hecho para determinar si la modalidad de contrato a la que acudió el empleador busca eludir el pago de las prestaciones económicas que se derivan del fuero de maternidad, o si por el contrario, el vínculo obedece realmente a la finalidad para la cual fue suscrito y no persigue el desconocimiento de los derechos que de él se deriven. Identificado el primer ámbito, no le queda más remedio al juez de tutela que acceder a todas las prestaciones que prevé el Código Sustantivo del Trabajo (Art. 239), mientras que en el segundo, como garantía de la protección prodigada por el Ordenamiento Superior, debe reconocerse la licencia de maternidad conforme a los

parámetros establecidos en la misma normativa (Art. 239) (Sentencia T-649 de 2009).

- 7) La acción de tutela es el medio cuando hay afectación del mínimo vital. Sobre en la sentencia T-649 de 2009 la Corte reitera lo manifestado por ella en varios pronunciamientos en el sentido de que *“Las controversias así generadas, en principio, deben plantearse ante la jurisdicción ordinaria laboral, o de lo contencioso administrativo, según la clase de vinculación, pero si tal actuar compromete el mínimo vital de la mujer o se incurrió en una grosera trasgresión de las normas constitucionales, el conflicto puede plantearse ante el juez de tutela, buscando el amparo de los derechos fundamentales vulnerados”* (Sentencia T-404 de 2005).

4.2. LA ESTABILIDAD REFORZADA EN EL EMPLEO O FUERO POR MATERNIDAD EN LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Históricamente, el derecho español reconoció la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas en consonancia con la normativa de la Organización Internacional del Trabajo OIT. El artículo 79.2.3 de la Ley de Contrato de Trabajo, señalaba que *“no podrá darse por terminado el contrato de trabajo... por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente”*. Consecuencia de ello, el artículo 167.1 de la referida Ley señalaba que *“el patrono reservará a la obrera y operaria su puesto en el trabajo durante el tiempo que esté obligada a dejarle”*. La doctrina de la época hizo hincapié en este aspecto de la prohibición de despido de la trabajadora embarazada: la garantía de la conservación de su puesto de trabajo³⁴³.

³⁴³ Falcón O'Neill, L., “Los Derechos Laborales de la Mujer”, Ed. Montecorvo, Madrid, 1965, págs. 238 a 247. *“... Lógicamente, apenas tendrían eficacia las medidas protectoras sanitarias y sociales de la trabajadora embarazada, si no existieran estas garantías de la conservación del puesto, prohibiendo el despido desde la iniciación del embarazo ...”*.

El Estatuto de los Trabajadores no contempló la institución, aunque sí algunas de sus consecuencias, con la suspensión del contrato de trabajo con reserva del puesto de trabajo- artículos 45.1.d) y 48.4 del ET- o, en su redacción originaria, la nulidad del despido durante la suspensión del contrato de trabajo, si aquel no fuese procedente –antiguo artículo 55.6 del ET-. Como la Ley 11/1994 de 19 de mayo, eliminó esa consecuencia, la doctrina consideraba haber quedado al descubierto lo dispuesto en el art. 10 de la Directiva 92/85/CE, de 19 de octubre: la prohibición de discriminación por embarazo construida en la jurisprudencia constitucional resultaría insuficiente porque no siempre resulta nulo el despido *“cuando se despide por causa no procedente a una trabajadora embarazada”*³⁴⁴.

Tal Directiva, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en periodo de lactancia, ha recogido la institución de la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, como dice en su Preámbulo, *“considerando que el riesgo de ser despedida por motivos relacionados con su estado puede tener consecuencias perjudiciales sobre la salud física y psíquica de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia”* y *atendiendo a dicho fundamento, en su artículo 10 se establece que. “como garantía para las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, del ejercicio de los derechos de protección de su seguridad y salud reconocidos en el presente artículo, se establece lo siguiente: 1) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para prohibir el despido de las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, durante el período comprendido entre el comienzo de su embarazo y el final del permiso de maternidad a que se refiere el apartado 1 del artículo 8, salvo en los casos excepcionales no inherentes a su estado admitidos por las legislaciones y/o prácticas nacionales y, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo. 2) Cuando se despida a una trabajadora, a que se refiere el*

³⁴⁴ Rodríguez Piñero J., y Bravo-Ferrer, M., “Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, Relaciones Labores, número 19, 1999, págs. 5 a 22.

“... La desigualdad de derechos entre la madre y el padre biológicos podría encontrar justificación en la conexión del “permiso-licencia” al hecho de la maternidad biológica, “con especial relevancia del hecho biológico del parto y la preocupación por la seguridad y la salud de la trabajadora que haya dado a luz o esté en período de lactancia ...”.

artículo 2, durante el período contemplado en el punto 1), el empresario deberá dar motivos justificados de despido por escrito. 3) Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para proteger a las trabajadoras a que se refiere el artículo 2, contra las consecuencias de un despido que sería ilegal en virtud del punto 1”.

A la vista de la referencia a “las trabajadoras a que se refiere el artículo 2”, donde se define como trabajadora embarazada a “cualquier trabajadora embarazada que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” como trabajadora que haya dado a luz a “cualquier trabajadora que haya dado a luz en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” y como trabajadora en período de lactancia a “cualquier trabajadora en período de lactancia en el sentido de las legislaciones y/o prácticas nacionales, que comunique su estado al empresario con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales”, se delata el defecto, sin duda el mayor de la Directiva: las definiciones de trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia, exigen, para activar la protección “que se comunique su estado al empresario, con arreglo a las legislaciones y/o prácticas nacionales” levantando críticas muy fundadas³⁴⁵.

Hay una única decisión interpretando el artículo 10 de la Directiva esta norma justamente a instancias de un juez español, la Sentencia de 4 de octubre de 2001, Caso Jiménez Melgar. De entrada se afirma el efecto directo vertical – un sujeto particular frente a un órgano público, en el caso, un ayuntamiento- de la norma- lo cual era importante porque, en el momento de los hechos litigiosos, no estaba aún en vigor la Ley 35/1999 de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras.- A partir de esa afirmación, se desgrana el contenido de la prohibición de despido en tres aspectos trascendentales:

³⁴⁵ Mazuelos Fernández-Figueroa, M., “La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992” Revista de Derecho Social, Número 7, páginas 109 a 119.

- 1) El relativo a las excepciones a la prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas, afirmándose que *“no se obliga a todos los Estados miembros a especificar las causas del despido de dichas trabajadoras”* de modo que, si no especificaran esa lista de causas, se aplicarán las mínimas de la Directiva Comunitaria, sin perjuicio de *“la facultad de los Estados miembros de garantizar una mayor protección a tales trabajadoras, estableciendo un régimen especial de causas de despido para ellas”*.
- 2) El relativo a la aplicación de la prohibición de despido a las trabajadoras temporales, afirmándose que *“se aplica tanto a los contratos de duración determinada como a los celebrados por tiempo indefinido”* aunque matizando que *“la falta de renovación de un contrato, cuando éste ha llegado al vencimiento previsto, no puede ser considerada como un despido prohibido”*, sin perjuicio, y así se matiza, de que *“si la falta de renovación ... está motivada por el embarazo de la trabajadora”* nos encontraremos ante *“una discriminación directa por razón del sexo”*.
- 3) El relativo a si la prohibición de despido incluye una exigencia de autorización previa, afirmándose que, *“al disponer que el despido de una trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia pueda producirse, en circunstancias excepcionales, en su caso, siempre que la autoridad competente haya dado su acuerdo... no se impone a los Estados miembros la obligación de prever la intervención de una autoridad nacional que, tras comprobar la concurrencia de circunstancias excepcionales que puedan justificar el despido de una de estas trabajadoras, otorgue su acuerdo previo a la decisión del empleador al respecto”*.

Ahora bien, no podemos dejar de la lado la Directiva 2002/74/CE de septiembre de 2002, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, de conformidad con la redacción de la Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre de 2002, se establece que *“la mujer*

en permiso de maternidad tendrá derecho, una vez finalizado el periodo de permiso a reintegrarse a su puesto de trabajo o a uno equivalente, en términos y condiciones que no le resulten menos favorables y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubiera podido tener derecho durante su ausencia” y que “un trato menos favorable dispensado a una mujer en relación con su embarazo o su permiso de maternidad en el sentido de la Directiva 92/82/CE constituirá una discriminación en el sentido de la presente Directiva”. Unas normas claramente inspiradas en la llamada jurisprudencia europea, como se afirma en el Considerando 12^a de la recién citada Directiva 2002/73/CE.

Se Resalta la refundición de la Directiva 76/207/CE, junto con otras Directivas sobre igualdad de trato entre hombres y mujeres, aunque no la relativa a la Seguridad Social Pública – la 79/7/CE de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social-, en la Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades y de igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición), lo cual determina, en lo que interesa, que las citas actuales de las normas antes transcritas son respectivamente, el artículo 15, sobre “reintegro tras un permiso de maternidad” y el artículo 3.2.c) de dicha Directiva.

Tanto la garantía de reingreso con mantenimiento de derechos como la consideración discriminatoria de los perjuicios del embarazo a que alude la norma desde la Directiva 2002/73/CE, nos sitúan en una tendencia de reconocimiento de auténticos derechos de maternidad entendidos como la libertad de la mujer trabajadora a decidir ser madre y cuando lo será sin encontrarse condicionada por eventuales perjuicios económicos o profesionales. Sin embargo, la referencia a la Directiva 92/85/CE traslada las críticas anteriormente realizadas, y, en concreto, la exigencia de una comunicación de embarazo. Además ni la Directiva 76/207/CE ni la 2006/54/CE, se aplican en el ámbito de la Seguridad Social Pública justamente donde el derecho español adolece de importantes carencias en la construcción de un derecho a la maternidad – el aborto se

canaliza a través de la incapacidad temporal; los subsidios de maternidad y de riesgo durante el embarazo exigen carencia; el riesgo durante el embarazo no cubre la totalidad de la pérdida salarial; no se regula el riesgo de lactancia.

Es preciso referirnos en este apartado a la suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, ya que es dicha suspensión la que genera el fuero por maternidad en la trabajadora.

La Ley de igualdad de 22 de marzo de 2007, persiste en la protección del bien jurídico de la salud de la trabajadora presente en la protección dispensada a la maternidad en la normativa interna desde sus orígenes en 1900, así como en el Derecho Comunitario (Directiva 92/1985, de 19 de octubre), y en consecuencia mantiene el supuesto de suspensión del contrato de trabajo por maternidad biológica, si bien quizás debería haber evolucionado hacia una fórmula diferente y más adecuada a la realidad social de equiparación de ambos progenitores mediante la configuración de un permiso por maternidad de titularidad indistinta, aunque con las ventajas lógicas para la madre³⁴⁶.

En la línea de proteger la estabilidad en el empleo de los trabajadores que disfrutaran del permiso por maternidad, la Ley de Igualdad, continúa reforzando la estabilidad en el empleo de las trabajadoras que disfrutaran del permiso por maternidad, ampliando expresamente el límite temporal de la protección otorgada en la Ley 39/1999 al momento, sin duda, conflictivo de la reincorporación tras el disfrute del permiso por maternidad.

³⁴⁶ Nuñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, Ed. La Ley, Madrid, 2010, pág. 293 a 321.

Véase en el mismo sentido a:

López Aniorte, M.C., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica”, en “Anales de Derecho número 8,” Murcia, 2000, pág. 117 a 131.

Rivas Vallejo, P., “La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos”, Ed. Aranzadi, Pamplona 1999, pág. 72,

“... La suspensión del contrato en caso de maternidad se articula en una prohibición que rige sobre la trabajadora y que tiene por finalidad garantizar su salud y la del recién nacido, impidiendo que su regreso prematuro al trabajo perjudique a uno o a otro o a ambos, así como la relación materno y paterno-filial ...”

Así mismo la Ley de Igualdad refuerza también la conservación del puesto de trabajo de las madres que se encuentran en período de disfrute de licencia por maternidad, posibilitando la reincorporación de la misma a su puesto de trabajo, una vez finalizado el plazo concedido para ello.

Existe además, otro interés desconocido por las normas precedentes, al que da respuesta la Ley de Igualdad y es la integridad de la carrera profesional de quienes disfrutan del permiso por maternidad, hombres o mujeres, evitando los perjuicios que pudieran derivarse de su disfrute (pérdida de derechos o de retribución), mediante una previsión expresa sobre igualdad en las condiciones de trabajo durante su transcurso.

4.3. EL FUERO POR MATERNIDAD EN LOS CONVENIOS DE LA OIT.

Ahora bien, analizaremos el punto central de la estabilidad laboral reforzada o fuero sindical de la que disfruta la trabajadora en licencia por maternidad, que es la prohibición de despido. Al respecto, el Convenio 103 de la OIT aprobó la Recomendación número 95 de la OIT, en cuyo Punto IV, debajo del epígrafe “*protección del empleo*”, se establecen las siguientes precisiones³⁴⁷:

- 1) En cuanto al periodo objeto de protección, “*debería comenzar a contarse a partir del día en que el empleador haya sido notificado, por medio de un certificado médico, del embarazo de la mujer, y debería ser prolongado por lo menos hasta un mes tras la terminación del período de descanso de maternidad previsto en el artículo 3 del Convenio*”.

- 2) En cuanto a las posibles excepciones, “*motivos tales como una falta grave de la mujer empleada, la cesación de las actividades de la empresa donde*

³⁴⁷ En este sentido, OIT, Conferencia internacional 87ª reunión, en su informe La protección de la maternidad en el trabajo. Revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952 (núm. 103), y de la Recomendación sobre la protección de la maternidad, 1952 (núm. 95). Ginebra, 1999

esté ocupada o la terminación de su contrato de trabajo, podrán ser considerados por la legislación nacional como causas justas para el despido durante el período en el que la mujer esté protegida”.

- 3) La prohibición de despido se complementa con una garantía de reingreso de la trabajadora: *“Durante la ausencia legal, antes y después del parto, los derechos de antigüedad de la mujer deberían ser salvaguardados, así como su derecho a ocupar nuevamente su antiguo trabajo o un trabajo equivalente retribuido de acuerdo con la misma tasa”.*

Obsérvese que, en el Convenio número 3, el fundamento de la prohibición era proteccionista: se trataba de evitar perjuicios en la salud de la madre derivados de la pérdida de su trabajo. Pero en la Recomendación número 95, la prohibición adquiere un matiz diferente al admitir el despido por motivos ajenos al embarazo y al establecer una garantía de reingreso, de modo que la prohibición no se puede fundamentar a lo menos, de un modo exclusivo, en la protección de la salud de la madre trabajadora. Hay un fundamento no reconocido de tanto peso específico aunque no desplace al otro fundamento: la tutela de la discriminación por causa de embarazo³⁴⁸.

³⁴⁸ Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007, págs. 97 y ss.

Véase también en el mismo sentido, a:

Ballester Pastor, M.A., “Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994, página 75 a 82.

Alonso Olea, M., y Tortuero Plaza, J.L., “Instituciones de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1998, pág. 268.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del Contrato de Trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988; y

Garriguez Giménez, A., “Incapacidad Temporal o Maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias”, en AA.VV, *La incapacidad temporal*, Tecnos, Madrid, 1996, págs. 290 y ss.

Ahora bien, ya en el Declaración de 1975 de la OIT, en su artículo 8.1, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras señaló que: *“No se practicará discriminación alguna contra las trabajadoras por razón de embarazo o parto, y las mujeres encinta estarán protegidas contra todo despido por razón de su condición durante todo el periodo de embarazo y de licencia de maternidad y tendrán el derecho de reincorporarse al empleo sin pérdida de los derechos adquiridos”*.

Para continuar este repaso de la normativa de la OIT, el Convenio 158 de 1982 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, establece en su artículo 5 que, “entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes...e) la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. Curiosamente, en la letra d) se alude al “sexo”, de donde se deduce que el despido durante la licencia de maternidad se sigue sin conectar con el sexo³⁴⁹.

Se ha producido, eso si, un deslizamiento en el entendimiento de la institución con una evidente línea de tendencia que, en la normativa de la Organización Internacional del Trabajo se encuentra más latente, aunque empieza a ser expresa en el Pacto de Nueva York: de una prohibición de despido de las trabajadoras embarazadas se ha pasado, eliminando las connotaciones proteccionistas de la institución, a una prohibición de despido por causa de embarazo. Pero la institución sigue vinculada a la protección de la maternidad – de ahí que, en el art. 11.2.a) del Pacto de Nueva York, se hable de discriminación por razón de maternidad y no por razón de sexo- y aplicada sólo al despido, manteniendo una identidad que, de eliminarse esos rasgos particulares, quedaría seriamente en entredicho-.

³⁴⁹ Tampoco aparece expresamente la conexión con el despido por el sexo en el artículo 11.2.a) de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra las mujeres, Pacto de Nueva York (1978), donde se dice que, *“... a fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de... maternidad y asegurar 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 ...”*.

Por último, nos referiremos a la prohibición de despido y la discriminación por embarazo contenida en el Convenio 183 de la OIT (año 2000). Cuando se aprueba el Convenio 183 de la OIT, revisión del 103, la situación en la comunidad internacional es diferente a la existente cuando se aprobó el convenio revisado. La discriminación por embarazo, como forma de discriminación sexual directa, se encuentra asentada en numerosos países.

Destacadamente, en la Unión Europea a consecuencia de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Por ello, y sin abandonar la prohibición de despido –artículo 8-, se regula la discriminación por embarazo, -artículo 9-, institución de más amplio alcance-, porque no solo se aplica al despido, sino a toda condición de trabajo, incluso acceso al empleo-, aunque de menor intensidad protectora- porque no determina una inversión automática de la carga de la prueba-.

En concreto, el artículo 8 establece, en su apartado 1, la prohibición de despido “de una mujer que esté embarazada, o durante la licencia...o después de haberse reintegrado al trabajo durante un período que ha de determinarse en la legislación nacional, excepto por motivos que no estén relacionados con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia”, añadiendo así mismo que “la carga de la prueba de que los motivos del despido no están relacionadas con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, incumbirá al empleador”.

También se garantiza, en su apartado segundo, a la mujer trabajadora “el derecho a retornar al mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración al término de la licencia por maternidad”.

De una manera más superficial, el artículo 9 establece que “todo miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo”, incluyendo “la prohibición de que se exija a una mujer que solicita un empleo que se someta a un examen para comprobar si está o no embarazada o bien que presente un certificado de dicho examen”, aunque la excepción de “cuando esté

previsto en la legislación nacional respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente para las mujeres embarazadas o lactantes, o puedan representar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer o del hijo”. Una solución muy diferente a la del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

**CAPÍTULO 5: LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA POR
MATERNIDAD A TRAVÉS DE LOS CONVENIOS/
NEGOCIACIONES COLECTIVAS.**

En virtud del carácter del Convenio Colectivo, como fuente reguladora de los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral, el Estatuto de los Trabajadores deja abierta la posibilidad de regular por medio de este tipo de negociación, cuestiones relativas a la licencia por maternidad, respetando siempre los mínimos legalmente establecidos.

Esta autodeterminación en la regulación, viene a otorgarse conforme al principio de libertad, en cuanto a su contenido. Por la naturaleza del derecho a la licencia por maternidad, las consideraciones respecto a esta prestación, vienen a formar parte del contenido normativo del convenio. Esto es, la regulación sobre condiciones de trabajo, o materias de índole laboral.

Cuando en los convenios colectivos se aborda la duración de la licencia por maternidad, habitualmente, se amplía dicha duración respecto al régimen estatutario. Las fórmulas utilizadas para la retribución que supone la licencia por causa de maternidad, son diversas, en general, y en cumplimiento de la norma estatutaria, como mínimo, se retribuye totalmente a la trabajadora, esto es, con el 100% de su salario, durante el disfrute del descanso por maternidad.

Cabe señalar, que como sabemos, históricamente, han incidido en la regulación de la licencia por maternidad, dos ordenamientos, el laboral y el de Seguridad Social. En la institución de la maternidad, el mecanismo protector del subsidio por maternidad, está subordinado y sirve a los fines de la protección contractual³⁵⁰, como lo demuestra el hecho, de que sea la Ley General de Seguridad Social, la que se remita al Estatuto de los Trabajadores para completar cuestiones básicas de régimen jurídico, relativas a la prestación por maternidad, tales como los periodos protegidos, los beneficiarios, etc. Sin duda que hubiera sido preferible, que en lugar de existir dos ordenamientos incidiendo sobre la protección por maternidad, el legislador hubiera optado por un sistema más beneficioso para la

³⁵⁰ Rivas Vallejo P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999 pág. 78 y ss.

mujer trabajadora, esto es, la unificación de todas aquellas medidas legislativas que tuviesen su causa en la maternidad. Esta fórmula hubiera supuesto una mayor adecuación e integración entre la normativa laboral y de Seguridad Social en relación con los descansos por maternidad.³⁵¹

Los convenios colectivos han ido progresivamente abordando la regulación del permiso por maternidad. Así lo reflejan dos estudios realizados, uno en 1997 por el Instituto de la Mujer, sobre discriminación por razón de sexo en la negociación colectiva³⁵² y otro, un poco más reciente, elaborado en 1999, por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social³⁵³. Entre los convenios analizados en ambos estudios, existía una ausencia generalizada de mejoras en la regulación del permiso por maternidad, la mayoría de ellos se limitaban a realizar una remisión al precepto legal, o bien transcribían literalmente lo dispuesto en el mismo, recogiendo a veces inadecuadamente lo dispuesto en art. 48.4 ET, y también introduciendo redacciones distintas o simplificadas. No obstante, también algunos convenios ampliaban la duración de la licencia por maternidad.

La posibilidad de ampliación de la duración de la licencia en la negociación colectiva, queda amparada por el Estatuto de los Trabajadores, sin que quepa modificar el régimen legal de la distribución del permiso en caso de ampliación de la licencia por maternidad habría que entender que se está prolongando el período voluntario, cuyo carácter facultativo hace posible dicha ampliación, suponiendo una mejora del status jurídico de los beneficiarios de la medida. Sin embargo, el período obligatorio, tal y como está concebido por la norma, no podrá ser alterado por la negociación colectiva, ni en cuanto a su duración, ni en cuanto al momento de su disfrute. Desde nuestro punto de vista, resulta medianamente claro que el convenio colectivo no podrá ampliar su duración, pero tampoco podrá

³⁵¹ Ojeda Avilés, A., “La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal”, págs. 93 y ss, Ed. Tecnos, Madrid, 1.996

³⁵² Pérez Del Río, T., “ La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva”, ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997, pág. 171

³⁵³ Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999, pág. 1.

reducirla, pues supondría una restricción mayor de la autonomía de la voluntad de la trabajadora, que solamente está constreñida a un disfrute obligatorio de seis semanas después del parto.

Resulta significativo que en el País Vasco, en virtud de un acuerdo para los docentes de los establecimientos privados de enseñanza, que ampara a doce mil personas, las mujeres tienen derecho a una licencia de diecisiete semanas. También en el País Vasco, con arreglo a otro acuerdo relativo al personal de los establecimientos públicos de enseñanza de esta región aplicable a unas dieciocho mil personas, los trabajadores tienen derecho a una licencia de maternidad de dieciocho semanas.

La posibilidad de ampliación del permiso por convenio colectivo habrá de regirse por el convenio aplicable a la madre, incluso cuando sea el padre el que se beneficie de la ampliación. Se debe tener presente que la norma reguladora del derecho al descanso debe ser la aplicable a la madre, aun cuando ésta cede parte del mismo al padre (STSJ de Castilla la Mancha, de 19 de octubre de 1998). Por tanto, aunque la norma aplicable al padre sea más favorable y amplíe la duración del descanso prevista en el art. 48.4 ET, la normativa determinante de la duración del permiso será la que rija la relación laboral de la madre³⁵⁴.

Conviene destacar en cualquier caso, que la normativa internacional sobre protección de la maternidad y, en general, sobre trabajo femenino, se mantiene actualmente vigente, debido a la multiplicidad de los países miembros, convenios de diferente inspiración. Incluso dentro de cada convenio se permite convivir distintas tendencias mediante normas de cuidada generalidad combinadas con la posibilidad de reservas y habilitaciones de descuelgue³⁵⁵. En el Preámbulo del Convenio número 183 de la OIT se admite considerar *“la diversidad del desarrollo económico y social de los Estados miembros...la diversidad de las empresas y la*

³⁵⁴ Núñez-Cortés Contreras, P., *“La Licencia por Maternidad en la trabajadora”*, Ed. Dykinson S.L., Madrid, 2002, págs. 118 -120.

³⁵⁵ Cordero Saavedra, L., *“La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE*, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002, págs. 29 a 40.

evolución de la protección de la maternidad en las legislaciones y prácticas nacionales”.

A cerca de la Organización Internacional del Trabajo, y los Convenios y Recomendaciones que han abordado el tema de la protección por maternidad, se destacaran brevemente los más importantes, destacando que de ellos se ha comentado a lo largo del trabajo.

Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), el tema de la protección a la maternidad ha sido objeto de una preocupación permanente a lo largo de su historia, lo que es una consecuencia del consenso social y político que se generó en la comunidad internacional desde la creación de este organismo sobre la necesidad de proteger a la mujer en esta dimensión de su vida. Lo anterior puede explicarse también por la preeminencia a comienzos del siglo XX de una concepción de la mujer que la identificaba especialmente con el hogar, priorizando su rol de madre y esposa, como asimismo, por una reacción natural a las duras e insalubres condiciones de trabajo que debían enfrentar las mujeres en la industria de la época³⁵⁶. De allí, entonces, que la OIT por mucho tiempo haya replicado el modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora impuesto por la visión sociocultural de los inicios de la protección laboral y que recién a comienzos de la década de 1950 haya dado un giro a esta concepción, poniendo un nuevo énfasis en torno al necesario reconocimiento de la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia laboral, según se desprende de la discusión y aprobación de los nuevos convenios sobre la materia, los que vienen a complementar y a integrar la tradicional protección a la maternidad.

Ahora bien, en la línea de análisis de este trabajo, efectuaremos un breve análisis a los tres convenios internacionales de la OIT sobre protección a la maternidad, de los que puede constatarse la interesante evolución que ha experimentado la tutela de la madre trabajadora emanada de este organismo internacional, si bien

³⁵⁶ Rodríguez Manzano, I. “Mujeres y Naciones Unidas”, Ed. Igualdad, desarrollo y Paz, Ginebra, 2002, pág.37.

cabe hacer presente desde ya que persiste en todos ellos el modelo tradicional que entiende sólo a la mujer como responsable y titular de derechos frente a la maternidad, lo que tiende a ser reproducido por los ordenamientos jurídicos internos (como es el caso del colombiano) en menoscabo de un proceso de mayor integración del hombre en el cuidado de sus hijos y, en último término, de la corresponsabilidad en lo que al trabajo y la familia se refiere.

A) Convenio N° 3 de la OIT sobre la protección a la maternidad.

El convenio fue adoptado en Ginebra, el día 29 de octubre de 1919 y representa el primer intento serio a nivel internacional por establecer normas mínimas de protección en favor de la madre trabajadora que prestaba servicios en empresas industriales o comerciales, vale decir, en aquellas áreas de la economía donde se concentró con mayor gravedad la cuestión social³⁵⁷. Este convenio tuvo como objetivo central resguardar tanto a la madre como a su hijo, estableciendo derechos básicos y generales que en gran medida constituyen los fundamentos del actual sistema supranacional de protección a la maternidad.

Es así como el convenio consagra a favor de la trabajadora un descanso previo al parto de al menos 6 semanas y un descanso con posterioridad al parto de 6 semanas, que incluye la conservación de su empleo y el derecho a percibir prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo. A su vez, si la madre amamanta a su hijo, se le reconoce el derecho a dos descansos de media hora, para permitir la lactancia (artículo 3).

Por otra parte, se instituye en el artículo 4 un fuero maternal, conforme al cual se reconoce el derecho de la trabajadora a no ser despedida durante el período de tiempo que comprenden los descansos previos y posteriores al parto o en los que no fuera posible para ella prestar servicios por causa de enfermedad derivada del

³⁵⁷ En este sentido: convenio N° 100 de 1951 sobre igualdad de remuneraciones; convenio N° 111 de 1958 sobre la discriminación en el empleo y la ocupación y convenio N° 156 de 1981 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

embarazo o del parto, hasta el período máximo de tiempo fijado por la respectiva autoridad nacional competente. De esta forma se logra evitar que la disminución de la capacidad laboral expulse a las mujeres del mercado laboral, dejándolas sin medios de subsistencia.

B) Convenio N° 103 de la OIT sobre la protección de la maternidad.

Esta versión modificada de convenio N° 3 fue adoptado por la OIT con fecha 28 de junio de 1956 y en él se consagran derechos de mayor amplitud en favor de la madre trabajadora y se efectúa una extensión de su ámbito de aplicación, puesto que el convenio revisado comprende también a las mujeres que trabajan en empresas no industriales y agrícolas, como a su vez, a las mujeres asalariadas que trabajen en su domicilio.

En cuanto a los derechos que se establecen, podemos destacar que se reconoce en primer lugar, el derecho de la trabajadora que acredite su embarazo a través de certificado médico a un descanso de maternidad de 12 semanas a lo menos, pudiendo ampliarse en caso de enfermedad. Con todo, parte de este tiempo, que no podrá ser inferior a 6 semanas, deberá otorgarse necesariamente después del parto (artículo 3).

En segundo lugar, se le reconoce a la madre trabajadora durante el lapso de tiempo que comprende el descanso maternal, el derecho a percibir prestaciones en dinero y prestaciones médicas (artículo 4).

En tercer lugar, se reconoce el derecho a la madre trabajadora que da alimento a su hijo de interrumpir su trabajo para este fin, durante uno o varios períodos, cuya duración será determinada por la respectiva legislación nacional. Estos períodos de lactancia serán considerados trabajados para todos los efectos legales y, por ende, conceden derecho a remuneración (artículo 5).

Finalmente, se perfecciona a favor de la madre trabajadora un fuero laboral, según lo dispone el artículo 6 de este acuerdo internacional.

C) Convenio N° 183 de la OIT sobre la protección de la maternidad:

Este instrumento internacional, de fecha 15 de junio del 2000, es el último acuerdo adoptado por la OIT sobre el tema y en él se fijan como establece el Preámbulo, los nuevos criterios para proteger a la maternidad, “a fin de seguir promoviendo, cada vez más, la igualdad de todas las mujeres integrantes de la fuerza de trabajo y la salud y la seguridad de la madre y el niño, y a fin de reconocer la diversidad de desarrollo económico y social de los Estados Miembros, así como la diversidad de las empresas y la evolución de la protección de la maternidad en la legislación y la práctica nacionales.”

El convenio N° 103 de la OIT se complementa con la Recomendación N° 95 de la OIT, de fecha 28 de junio de 1952. Conforme a esta disposición: “cuando una mujer se ausente de su trabajo en virtud de las disposiciones del artículo 3 del presente Convenio, será ilegal que su empleador le comunique su despido durante dicha ausencia, o que se lo comunique de suerte que el plazo señalado en el aviso expire durante la mencionada ausencia.”

En cuanto al ámbito de aplicación de este convenio, cabe destacar que su artículo 2 prescribe que sus disposiciones se aplican a “todas las mujeres empleadas, incluidas las que se desempeñan en formas atípicas de trabajo dependiente.” Con esta nueva redacción, la OIT ha hecho suyas las nuevas tendencias sobre prestación de servicios por cuenta ajena y ha hecho posible que los Estados comiencen a tomar conciencia de la necesidad fundada en imperativos derivados de la justicia social, de asegurar también a estas trabajadoras la aplicación de las normas mínimas sobre protección a la maternidad. No obstante, la OIT permite que se excluyan ciertas categorías limitadas de trabajadoras del ámbito de aplicación de este convenio, previa consulta por parte del Estado a las organizaciones representativas de empleadores y trabajadores.

En definitiva, con esta alternativa la OIT persigue que se eviten problemas derivados de una aplicación rígida y generalizada de las normas protectoras, permitiendo que respecto de ciertas categorías de trabajadores ello se realice de manera gradual y atendiendo a las particularidades del trabajo realizado o a las características del mercado de trabajo de un determinado Estado. Empero la OIT pone énfasis en el carácter esencialmente transitorio de estas medidas de excepción, pues en último término, el Estado debe asegurar a todas las trabajadoras el goce de las prestaciones mínimas que este instrumento internacional reconoce.

Por otra parte, en lo que dice relación con los beneficios que se otorgan a las madres trabajadoras resulta interesante subrayar que el nuevo convenio de la OIT ha sistematizado y explicitado los derechos que se confieren, por lo que podemos distinguir entre:

- *Derecho a la protección de la salud (artículo 3)*: el cual busca proteger a las mujeres embarazadas y a aquellas que estén en proceso de lactancia frente a la realización de trabajos considerados peligrosos por la autoridad competente.
- *Licencia de maternidad (artículo 4)*: se reconoce el derecho de las trabajadoras a una licencia de maternidad de una duración de al menos 14 semanas, período en el que un mínimo de 6 semanas deberá otorgarse con posterioridad al parto.
- *Licencia en caso de enfermedad o de complicaciones (artículo 5)*: se reconoce que sobre la base de la presentación de un certificado médico, se deberá otorgar una licencia, antes o después del periodo de licencia de maternidad, en caso de enfermedad o si hay complicaciones o riesgo de que se produzcan complicaciones como consecuencia del embarazo o del parto.

- *Prestaciones pecuniarias (artículo 6)*: Se reconoce el derecho de la trabajadora a percibir prestaciones pecuniarias suficientes durante el tiempo de duración de la licencia de maternidad para garantizarle a ella y a su hijo un nivel de vida y de salud adecuados.
- *Prestaciones médicas (artículo 6)*: que garanticen la asistencia prenatal, así como durante el parto y periodo postnatal, incluida la hospitalización.
- *Protección del empleo y no discriminación (artículo 8)*: esta disposición perfecciona el derecho al fuero maternal, explicitando que la carga de la prueba en los casos de excepción al fuero recaerá en el empleador.

Además, se garantiza el derecho de la madre a retornar a su mismo puesto de trabajo o a un puesto equivalente con la misma remuneración, una vez terminada la licencia de maternidad.

Asimismo, con un criterio nuevo que no tiene antecedentes previos en la normativa anterior de este organismo internacional, el convenio establece en su artículo 9 una obligación especial para los Estados de adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el trabajo, con inclusión del acceso al empleo.

- *Derecho a dar alimentos al hijo (artículo 10)*: se le reconoce a la mujer el derecho para interrumpir su jornada de trabajo o bien a obtener una reducción de ésta, para los efectos de alimentar a su hijo.

D) Convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares.

El convenio N° 183 ha logrado actualizar y renovar la normativa mínima sobre protección a la maternidad, fijando un nuevo escenario en torno al cual los Estados deberán ir adaptando sus respectivas legislaciones internas. Con todo,

persiste la exclusión del padre trabajador, pudiendo haberse reforzado una protección más integradora entre los progenitores, en especial, respecto de los derechos no asociados a la maternidad biológica, dada su incidencia para la armonización de trabajo y familia. Por ello, se extraña una visión más armónica de ese convenio con el convenio N° 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares, como así mismo con la recomendación N° 165 de 1981 sobre la misma materia, toda vez que en ambos instrumentos internacionales se reconoce por primera vez en forma expresa que “para lograr la plena igualdad entre el hombre y la mujer es necesario modificar el papel tradicional tanto del hombre como de la mujer en la sociedad y en la familia”.

Dentro de las medidas que deben introducir los Estados en sus respectivos ordenamientos internos se incluye la prohibición de exigir a una mujer, que solicita un empleo, que se someta a un examen para comprobar un posible estado de embarazo o bien que presente un certificado de dicho examen, excepto:

- Cuando la legislación nacional lo prescriba respecto de trabajos que estén prohibidos total o parcialmente a mujeres embarazadas o que están lactando a sus hijos o bien.
- Cuando se trate de empleos que puedan presentar un riesgo reconocido o significativo para la salud de la mujer y del hijo.

Corresponde a cada Estado determinar en su legislación interna la forma y el tiempo que se le reconocerá a las madres para la alimentación de su hijo, con la limitación, en todo caso, de que este tiempo debe ser remunerado y entenderse como trabajado para todos los efectos legales.

Por lo anterior, es destacable que el Convenio N° 156 al referirse en su artículo 1 a los trabajadores con responsabilidades familiares no haya efectuado distinciones de género. Esta concepción es importante, toda vez que representa un giro copernicano en la postura de este organismo internacional

frente a las implicancias que el trabajo tiene en la vida familiar y viceversa, lo que queda de manifiesto al definir a los trabajadores con responsabilidades familiares incluyendo por igual a hombres y mujeres.

Así, entonces, estamos en presencia de un convenio que pretende construir una nueva dimensión de tutela, complementando los tradicionales instrumentos que proscriben la discriminación en el empleo, por la vía de poner el acento en una igualdad de trato que trasunte los atávicos esquemas de producción, asociado al trabajo de los hombres, y de reproducción y cuidado, entregado a las mujeres³⁵⁸.

En la actualidad, tanto hombres como mujeres pueden, desean y deben compartir roles en el trabajo y en la familia, no pudiendo ello conllevar diferencias de trato odiosas en el empleo.

En efecto, apostar hacia la igualdad debe llevar necesariamente aparejada la corresponsabilidad en el cuidado, pues hasta ahora las carreras profesionales masculinas se han sustentado con tiempos cedidos por las mujeres. Sin embargo, dado que el problema de la conciliación entre la vida personal, familiar y laboral no es únicamente un problema de las mujeres, es fundamental que este tema se integre a otros foros como pueden ser los relativos al empleo y la economía.³⁵⁹

³⁵⁸ Preámbulo de la Recomendación N° 165 de la OIT.

“... Durante un período inmediatamente posterior a la licencia de maternidad, la madre o el padre deberían tener la posibilidad de obtener una licencia (licencia parental) sin perder su empleo y conservando los derechos que se derivan de él.

La duración del período posterior a la licencia de maternidad y la duración y las condiciones de la licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior deberían determinarse en cada país por uno de los medios previstos en el párrafo 3 de la presente Recomendación.

La licencia a que se hace referencia en el subpárrafo 1) anterior debería introducirse en forma gradual ...”.

³⁵⁹ Murillo De la Vega, S. “Presentación del Número Especial de la Revista del Ministerio del Trabajo sobre la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres”, en Revista del Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2007, pág. 1.

E) CONVENCIÓN SOBRE ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER.

La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, representa un nuevo hito en la búsqueda por erradicar las formas de discriminación contra la mujer en la vida social, familiar, económica, laboral y política, entre otras, y es destacable para la perspectiva de nuestro análisis pues incluye una disposición especial, su artículo 11, que se ocupa de la dimensión laboral de la discriminación y, particularmente, de la incidencia de la maternidad y la necesaria armonización entre trabajo y vida familiar.

En concreto, el artículo 11 apartado 2 de la convención referido a la adopción de medidas para asegurar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en la esfera del empleo establece una serie de acciones concretas que los Estados Partes deben adoptar, para evitar discriminaciones por razones de matrimonio o maternidad.

Desde la perspectiva de este estudio, la medida más importante propugnada por la Convención es la del artículo 11 apartado 2 punto 3 apuntan básicamente a la protección de la maternidad de la mujer en la esfera del empleo.³⁶⁰ Lo relevante de la medida indicada en el tercer numeral del artículo 11 es que apunta a promover la conciliación de trabajo y familia respecto de la mujer, como asimismo, a incentivar la participación del padre en la asunción de responsabilidades familiares, lo que puede permitir una evolución cultural y social que posibilite la revisión del modelo de hombre proveedor y mujer cuidadora. Acciones en este

³⁶⁰ En este sentido, el apartado 2 del artículo 11 de esta Convención establece que los Estados Partes, para asegurar la efectividad del derecho de las mujeres a trabajar, “tomarán medidas adecuadas para: 1. 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; 2. implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o beneficios sociales; 3. alentar el suministro de los servicios sociales de apoyo necesarios para permitir que los padres combinen las obligaciones para con la familia con las responsabilidades del trabajo y la participación en la vida pública, especialmente mediante el fomento de la creación y desarrollo de una red de servicios destinados al cuidado de los niños; 4. prestar protección especial a la mujer durante el embarazo en los tipos de trabajo que se haya probado puedan resultar perjudiciales para ella.”

sentido son las que pueden hacer posible una transición efectiva desde la mera declaración formal de la igualdad de trato entre hombres y mujeres a una equiparación efectiva, permitiendo que se compartan las responsabilidades del cuidado de la familia.

Este enfoque es, además, el que puede asegurar una evolución en la configuración de las actuales normas de protección a la maternidad, porque cuestiona que sólo la mujer sea objeto de tutela, dado que el ordenamiento jurídico laboral busca proteger en último término a la familia, la que es integrada por hombres, mujeres y niños.

Sin perjuicio de lo anterior, la revalorización de la responsabilidad familiar compartida entre hombres y mujeres que defiende la Convención, debe llevar también a replantear las obligaciones y cargas impuestas fundamentalmente al empleador que contrata mujeres, en el entendido que el cuidado y promoción de la familia es también tarea de los padres y objeto de especial resguardo por parte del Estado.

Desde esta perspectiva, es interesante lo dispuesto por el artículo 5 de la Convención, según el cual, “los Estados se comprometen a tomar todas las medidas apropiadas para modificar los patrones socioculturales de conducta basados en la idea de inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres.”

De igual manera, destaca la norma referida, ya que obliga a los Estados a que reconozcan la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y el desarrollo de sus hijos, con lo cual se busca romper la tradicional y persistente división entre la esfera pública y la privada, lo que adquiere especial importancia desde el momento en que esta división y el encasillamiento de la mujer en la esfera privada limita su capacidad y habilidad para disfrutar de muchos de sus derechos.

**CAPÍTULO 6: LA LICENCIA POR MATERNIDAD EN
PAREJAS HOMOSEXUALES EN LOS SISTEMAS DE
SEGURIDAD SOCIAL DE COLOMBIA Y ESPAÑA.**

Es preciso cuestionarnos ahora, sobre la titularidad de la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, en las cuales, resulta notoriamente complejo determinar cuál de los integrantes de la pareja, será el beneficiario del permiso por maternidad, y por ende el otro de la licencia por paternidad consecuente.

Diversas legislaciones, se refieren a este tema, de manera pragmática, como el caso de la compleja normativa holandesa que permite la custodia automática compartida en el caso de un niño nacido de una mujer (por ejemplo, que ha utilizado las técnicas de reproducción asistida con espermatozoides de donante anónimo), quien convive con otra de su mismo sexo o está casada con ella cuando el niño no tiene determinada la paternidad..

Recordemos que el Derecho Civil Español, posibilita la adopción conjunta por parejas estables del mismo sexo o por un matrimonio entre personas del mismo sexo³⁶¹, y el Código Civil, en su art. 154 únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades³⁶².

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado³⁶³, desestima el reconocimiento de filiación materna en este tipo de situaciones (parejas homosexuales conformadas por dos mujeres), por considerarse que la maternidad ya estaba determinada en el supuesto de maternidad biológica y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, considera que la misma, no es biológicamente posible³⁶⁴.

³⁶¹ A efectos de la aplicación de esta Ley Foral 6/2000 de Navarra, se considera pareja estable la unión libre y pública, en una relación de afectividad análoga a la conyugal, con independencia de su orientación sexual, de dos personas mayores de edad o menores emancipadas sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción en línea recta o colateral hasta el segundo grado, siempre que ninguna de ellas esté unida por un vínculo matrimonial o forme pareja estable con otra persona.

³⁶² La Ley del Registro Civil sólo contempla dos clases de filiación, la paterna y la materna en sus arts.47 y 48; y por otra parte, la Ley Foral 6/2000 ha sido demandada por considerarse inconstitucional porque, en teoría “vulnera el principio de legalidad al estar en clara colisión con el Derecho Común [...]”.

³⁶³ Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁶⁴ En la Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664 se ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre

En la misma Resolución, se enfatiza en que aún partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente por la sola declaración de las interesadas, la maternidad 928 tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en el Derecho español y queda fijada por naturaleza. El principio de veracidad biológica que inspira el Ordenamiento español, en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De lo anteriormente expuesto, podemos concluir que en el supuesto de parejas homosexuales constituidas por dos mujeres, que en su mayoría acceden a la maternidad a través de la reproducción asistida, (implantado el ovulo de una de las integrantes de la pareja, en la otra), ambas recibirán la denominación de “madre”, pero solo aquella que da a luz, es decir la madre biológica, será la beneficiaria de la prestación por maternidad.

De este tipo de mecanismo para acceder a la maternidad por parte de las parejas homosexuales conformada por dos mujeres, cabe señalar que la inseminación asistida es la elección mayoritaria. Silvia Donoso³⁶⁵, señala que los datos obtenidos durante su trabajo de campo, alrededor del 80% de las mujeres entrevistadas optaron por la inseminación asistida como primera opción para ser madre.

La maternidad a través de esta vía se ha visto facilitada desde el punto de vista legal. Para muchas lesbianas (las más jóvenes) la vía más frecuente para acceder a la maternidad esta siendo la inseminación asistida.

para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre en el caso ad-judice solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».

³⁶⁵ Donoso S., “Maternidad y Lesbianismo”, Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011, pág. 28 y ss.

En marzo de 2007 entró en vigor una enmienda incluida en la Ley de Identidad de Género³⁶⁶ que aprueba la filiación automática y directa por parte de las dos madres de un niño/a nacido/a en el seno de un matrimonio de lesbianas y concebido por inseminación asistida. Ya no es necesario que la madre no biológica tramite la adopción legal del hijo/a que ha tenido con su pareja. Con esta enmienda se facilita el ejercicio de la maternidad de las madres lesbianas. Aunque no se señala expresamente la titularidad de la prestación, por vía interpretativa se deduce que la beneficiaria de la licencia por maternidad, es quien ha dado a luz, ello teniendo en cuenta que requiere el descanso remunerado para recuperarse del alumbramiento, situación que no aplica para la otra integrante de la pareja.

Teniendo en cuenta la realidad social, y las actuales estructuras familiares, es preciso señalar que respecto a la adopción por parte de una pareja homosexual, integrada por dos mujeres, y frente a los vacíos legales de la normativa existente, podemos plantearnos como una solución práctica a este tipo de problemática, que la determinación de la beneficiaria de la prestación por maternidad sea aquella que apareciese inscrita como tal, en el Registro Civil de nacimiento del adoptado. Todo ello absolutamente cuestionable en una disputa legal por establecer cual de los miembros de la pareja se denominará la madre, ya que es razonable que ambas mujeres adoptantes ostenten la calidad de madres, bajo el supuesto que ninguna de las dos haya dado a luz.

Resulta complicado traducir la realidad de las parejas homosexuales adoptantes en datos, y de esta manera concretarla y hacer que la sociedad la conozca con más veracidad. En la actualidad los censos y registros civiles sólo recogen aquella maternidad que se da en el interior de las parejas de lesbianas casadas, (que no es la única). Todavía las estadísticas oficiales siguen sin recoger la maternidad

³⁶⁶ Ley 3/2007 de 15 de marzo, sobre la Identidad de género.

lésbica por adopción y la de aquellas mujeres que acceden a la misma sin pareja³⁶⁷.

Frente a la posibilidad de adoptar para acceder a la maternidad, las parejas lésbicas tendrán que casarse si quieren adoptar conjuntamente o inscribirse como parejas de hecho en aquellas comunidades cuya ley lo permita³⁶⁸.

Hay que recordar que la adopción nacional no es sencilla en España, de modo que las mujeres que desean adoptar tienen que acudir frecuentemente a las adopciones internacionales, las cuales imponen la invisibilidad del lesbianismo ante las administraciones correspondientes.

Son muchos los países que procuran niños y niñas en adopción los que han impuesto veto a las personas gays y lesbianas. En estas circunstancias, la revelación del lesbianismo por parte de la mujer durante el proceso de adopción internacional puede equivaler a una denegación de su idoneidad como adoptante³⁶⁹. Conscientes de esto, muchas lesbianas que quieren adoptar niños o niñas de otros países tienen que ocultar su orientación lésbica, resultando

³⁶⁷ Parte de esta realidad se empieza a contabilizar en el año 2002 cuando se celebró en Oviedo un Simposio sobre Reproducción y Sexo y se subrayó el aumento del número de mujeres sin pareja heterosexual que busca la maternidad por la vía de la inseminación con donante. Los datos aportados por el simposio fueron muy valiosos, ya que informaban de que, en el ámbito estatal, de 500 mujeres que estaban en programas de reproducción asistida 207 eran lesbianas. El 3 de octubre de 2006 salía en los periódicos la noticia de que el número de madres solteras o parejas lesbianas que acuden a la reproducción asistida había crecido un 30%. En marzo de 2007 se informaba de que, cada año, unas 1.500 mujeres sin pareja masculina acuden a centros de reproducción asistida. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

³⁶⁸ El nuevo código de familia catalán permite la adopción de familias homo y heterosexuales sin tener en cuenta si están casadas o no.

³⁶⁹ La adopción internacional, la mayoritaria en España (en torno al 80%), se rige por las normas de cada país, y ninguno de los que tiene convenio con España permite la adopción a parejas del mismo sexo. Para las adopciones internacionales, los/as solicitantes deben acogerse a la legislación del país de origen del menor. Los matrimonios gays y lésbicos no podrán optar como tales en el extranjero. La opción que les queda entonces es adoptar a título individual como soltero/a, como se hace desde el año 1987. Esta posibilidad se cierra en el momento en que la pareja se casa, ya que como se ha expuesto anteriormente, los países niegan expresamente la posibilidad de que un matrimonio gay adopte a un niño o a una niña. (Mujika Florez, I., "La Maternidad en las Mujeres Lesbianas", Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales", Bilbao, 2010.)

invisible esta forma de acceder a la maternidad. En esta línea, parejas de lesbianas casadas o mujeres que han hecho público su lesbianismo tendrían vetada la adopción internacional³⁷⁰.

De producirse la adopción por parte de las parejas homosexuales, y dado a que los enormes vacíos jurídicos que dificultan la certeza de la titularidad de la prestación por maternidad, este conflicto legal, solo podría dirimirse por la vía jurisprudencial, pero a falta de este, el criterio seguramente utilizado no sería otro que la interpretación jurídica de la norma vigente, efectúe el Juez³⁷¹.

Mi criterio personal al respecto, es que ambas madres o ambos padres adoptantes, según el caso, tienen el mismo derecho a recibir la prestación por maternidad, ya que, siendo el objetivo primordial de esta prestación, el de facilitar la integración del menor como nuevo miembro de la familia y en el supuesto de que ambos padres/madres cumplan con los requisitos legales para acceder a la prestación, es decir que estén dados de alta en la Seguridad Social, cumplan con los periodos de carencia, y demás requisitos formales, y ante el vacío jurídico existente en esta materia, y por qué no decirlo, ante la imposibilidad absoluta de determinar quien ejerce su rol como “madre”, y quien lo hace como “padre”, ya que su condición biológica natural impide tales denominaciones, ambos tienen la titularidad de la prestación, y por tanto son beneficiarios en la misma proporción. No obstante, se pueden plantear tres alternativas tendientes a resolver este tipo de situación. La primera de las alternativas es que una de las madres cobre la licencia por maternidad, y la otra la de paternidad, previo acuerdo entre ellas. La segunda alternativa es que ambas accedan a la licencia por maternidad simultáneamente. Y la tercera opción es que solo una de las madres sea la

³⁷⁰ Maldonado, M.C., “Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la última mitad del siglo XX en Cali, Género y sexualidad en Colombia y Brasil, Manzana de la Discordia”, Ed. Equidad, Cali, 2002, págs. 88 y ss.

³⁷¹ Coll De Pestaña, I., “Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la familia del futuro?”, en “Familia, Tecnología y Derecho”, Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002, págs. 33 a 61.

beneficiaria de la licencia por maternidad, todo ello siempre que medie el mutuo consentimiento entre los miembros de la pareja.

Este criterio personal, va en contraposición con las Sentencias anteriormente citadas, que a mi consideración hacen una interpretación exegética de la norma, sin contextualizar la situación actual³⁷² y desconociendo no solo el objetivo primordial de la licencia por maternidad, que es la integración del menor, como nuevo miembro de la familia sino también, los requisitos para acceder a la prestación por maternidad. Me permito citar la Sentencia del TSJC, en la que se señala con gran precisión que *“Es a partir del momento de la adopción -agrega el tribunal- cuando surge la nueva situación del adoptado, pues es a partir de la resolución judicial constituyendo la adopción cuando se establece la situación de hijo”*³⁷³.

En el caso de las parejas homosexuales integradas por dos hombres, resulta inminente que el único medio de acceso a la condición de padres, es la adopción, situación para la cual se aplican los mismos criterios antes señalados, correspondiéndoles como ya se ha comentado en el apartado anterior, y a mi juicio personal, la titularidad de la prestación a ambos integrantes de la pareja, siempre que reúnan los requisitos formales establecidos en el art. 133 LGSS, para acceder a la prestación.

Respecto a la licencia por maternidad en parejas homosexuales en Colombia,

³⁷² En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través del mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil (LEG 1889, 27) y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes. (Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664

³⁷³ Sobre el hecho de que la madre biológica hubiera disfrutado ya del permiso de maternidad, el TS defiende que se han producido situaciones sucesivas que han generado el derecho al descanso por maternidad y a la prestación correspondiente: el parto -que generó el derecho en la madre biológica- y la adopción como madre de la recurrente, que acarreó su derecho a descanso y prestación por maternidad-. El Supremo recuerda que ambas situaciones están previstas y reguladas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que se disponga que el percibo de la prestación por parto excluya el percibo de la prestación por adopción. (Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010)

la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Ahora bien, a pesar de no contar con un reconocimiento legal como “matrimonio”, a partir de julio de 2013, este tipo de parejas, constituidas por dos personas del mismo sexo, pueden constituirse como una forma de familia, a partir de lo que se ha denominado como “unión solemne”, que requiere de una Sentencia declarativa al respecto y utilizando para tal fin, las mismas reglas del matrimonio civil.

No obstante, y a pesar de la superficial normativa al respecto, está claro que por vía jurisprudencial, se puede alcanzar el reconocimiento legal de este tipo de uniones, por lo cual los magistrados de la Corte Constitucional ratificaron en su decisión de que sí hay una deficiencia de protección a las parejas del mismo sexo frente a las uniones de hombre y mujer. También reafirmaron los plazos que la sentencia dio para que el Congreso legislara sobre el matrimonio entre parejas del mismo sexo y la orden a jueces y notarios para unir a estas parejas si después del 21 de junio de este año 2013, el legislativo no aprobaba ninguna norma.

El Procurador había indicado en su solicitud que la Corte "sustituyó a la Constitución y cambió la posición tradicional de la jurisprudencia" en el concepto de familia que hace en la sentencia. También dijo que la Corte invadió las funciones del Congreso al imponerle un plazo para que legislara sobre el tema.

Al respecto, la ponencia reafirma lo dicho en el fallo y recalca que las parejas del mismo sexo son una forma más constitutiva de familia y por lo tanto adquieren el reconocimiento y la protección que brinda la Constitución a esta institución. También insiste en considerar equivocado que el concepto de familia se aplique solo el que se deriva de la unión de un hombre y una mujer.

Esta vez, el Procurador, al referirse al fallo de constitucionalidad sobre el matrimonio expresó su preocupación por las diversas interpretaciones que se han desprendido de esa decisión y la posibilidad de que algunos jueces o notarios apliquen las normas del matrimonio civil para cumplir esa sentencia, que calificó de "confusa, contradictoria y farragosa".

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que los uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

CONCLUSIONES.

Se ha querido iniciar este apartado con un párrafo de la Oficina Internacional del Trabajo OIT, que resume la esencia de la contingencia por maternidad, resaltando la importancia de su efectiva aplicación en el mundo laboral a nivel internacional, y que rescata el sentido no solo jurídico sino también humanístico de esta prestación:

La maternidad es un estado que exige un trato diferente para poder respetar una auténtica igualdad y, en tal sentido, es más una premisa del principio de igualdad que una excepción del mismo. Se han de tomar medidas especiales de protección de la maternidad para que las mujeres puedan cumplir su función de madres, sin que resulten marginalizadas del mercado de trabajo. (Oficina Internacional del Trabajo, 1996, pág. 42)

Después de haber analizado en profundidad, la protección por maternidad en las legislaciones de Colombia y España, conviene ahora resaltar de manera categórica, las diferencias y similitudes encontradas entre ambos sistemas.

PRIMERA: La primera precisión conceptual que se ha encontrado, al hacer referencia a la maternidad por acogimiento, figura jurídica que no se reconoce en el Derecho colombiano, en el cual, de momento es inexistente, mientras que en el Derecho español, no solo se reconoce, sino que también se regula y se le otorga a esta clase de maternidad, las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

En Colombia, y con la finalidad de cubrir a los hijos desamparados y tras la carencia jurídica de la maternidad por acogimiento, se crearon para los hijos desamparados, tres figuras jurídicas, a saber, la tutela, la cotutela y la defensoría judicial, como instituciones de guarda y protección legal, cuya función es la de amparar la persona y bienes de los menores que no están sujetos a la patria potestad de sus padres, ya sea porque éstos han fallecido, o por tratarse de hijos incapacitados, o en situación de discapacidad. Se resalta que en el caso de estas

tres figuras jurídicas colombianas, no hay lugar al reconocimiento de la licencia por maternidad, ya que actualmente la legislación no ha otorgado las mismas prerrogativas que a la maternidad biológica.

Esta primera característica diferenciadora entre ambos sistemas legislativos, deja claro, que a pesar de tratarse de dos normativas sustancialmente diferentes, en cuanto a la esencia misma de la protección a la maternidad, ambos sistemas comparten la misma finalidad, utilizando para ello diferentes figuras jurídicas (la maternidad por acogimiento en España y la tutela, cotutela, curatela y defensoría judicial, en Colombia).

SEGUNDA: Respecto a la evolución legislativa de la licencia por maternidad, es importante destacar que en Colombia en una primera etapa legislativa, que se podría calificar como un periodo de reconocimientos, en el cual, se reconoce por primera vez el concepto de prestación social para los trabajadores en Colombia y se incluye a la licencia de maternidad como una de estas prestaciones,, surge la preocupación normativa de proteger a la mujer trabajadora en el año 1938, instituyéndose un descanso no remunerado o como máximo parcialmente remunerado, (de dos a cuatro semanas de salario solo en caso de aborto o parto prematuro), mientras en España, la primera normativa en proteger la maternidad, se promulgó en el año 1900, donde se prohibía a la mujer trabajar a partir del octavo mes de embarazo, y no se le reconocía remuneración económica. En ambas normativas, esta licencia era exclusivamente para las madres biológicas.

Esta diferencia de 38 años entre la primera legislación en proteger la maternidad en Colombia, y en España, a simple vista representa un atraso importante respecto a la protección de la trabajadora embarazada, en Colombia.

La que podría denominarse en Colombia, como una segunda etapa legislativa, es un periodo de cambios, puesto que el reconocimiento de la prestación social que antes estaba exclusivamente en cabeza de la madre biológica, ahora pasa a ser igualmente derecho de la madre adoptante, en este periodo se otorga la posibilidad del disfrute de la licencia de maternidad compartida por ambos padres.

Así mismo, se incluyó además de la prestación económica, la asistencia sanitaria, ésta última no solo para mujeres trabajadoras y cotizantes, sino también para las mujeres no cotizantes. De igual forma, en este mismo período se incrementa la duración de la licencia a doce semanas, resaltando que en Colombia la licencia tuvo una duración de ocho semanas hasta el año 1989, y solo en 1990, dicho periodo de descanso remunerado se incrementó a doce semanas.

Por su parte, España, incluyó la asistencia sanitaria en 1922, a través del seguro obrero, inclusión sanitaria que hiciera Colombia bastante tiempo después (año 1973), destacándose que España concedió una licencia por maternidad de catorce semanas hasta el año 1989, en el cual, la misma se incrementó a dieciséis semanas remuneradas, convirtiéndose en una contingencia propia e independiente de la incapacidad temporal, a la que estuviese ligada por varias décadas.

Queda nuevamente evidenciado el marcado atraso legislativo que ha tenido Colombia, desde el punto de vista de avances normativos en materia laboral y de seguridad social, en pro del trabajador, y comparado con la normativa española, ya que los notables progresos en términos de protección a la maternidad se han dado a lo largo de los años, con mayor celeridad en España, mientras que Colombia, para efectuar reformas parecidas, han tardado entre 30 y 50 años más, todo ello debido a la prioridad que han tenido los gobiernos colombianos, en orientar sus normativas hacia las políticas urgentes de seguridad para contrarrestar la violencia y combatir a los grupos insurgentes al margen de la ley.

TERCERA. Actualmente, y en el año 2011, se ha incrementado en Colombia la duración de la licencia por maternidad de doce semanas a catorce semanas, siguiendo al fin, con la recomendación de la Organización Internacional del Trabajo, y al parecer haciendo un gran esfuerzo legislativo para conceder dicho incremento, frente a la presión de las clases dirigentes del país. Por su parte, España sigue reconociendo dieciséis semanas remuneradas por licencia de maternidad, y de momento no se prevén cambios al respecto.

CUARTA. Como conclusión general en lo que concierne a la evolución legislativa en ambas legislaciones, se puede decir contundentemente y después del análisis profundo realizado a lo largo de esta tesis que, en ambas normativas, la licencia por maternidad se ha dinamizado, debido al relieve que ha significado la separación de los dos bienes jurídicos incluidos en la licencia por maternidad, de una lado la protección a la madre y del otro, el cuidado del hijo.

La diferenciación de los intereses a tutelar, ha propiciado una ordenación jurídica más razonable y coherente, que tiene como resultados efectivos e indiscutibles, el haber roto con una antigua tradición que únicamente propendía protección en los supuestos de maternidad biológica, dejando de lado la maternidad por adopción. Como ya se ha reiterado a lo largo de esta investigación, actualmente ambas legislaciones asimilan la maternidad biológica a los demás tipos de maternidad (acogimiento, adopción, etc.), y prevén la existencia de períodos de suspensión que tienen como única finalidad el cuidado e integración familiar del hijo ya sea recién nacido, adoptado o acogido.

QUINTA. En general se podría agrupar el conjunto de normas que contienen la protección por maternidad en dos etapas sucesivas y claramente diferenciada, la primera, en que la licencia se configuraba como una medida de protección dirigida casi exclusivamente a la madre trabajadora y la segunda etapa en que el centro de gravedad de la licencia se sitúa en la protección a la familia y el cuidado del hijo.

SEXTA. Aunque esta tesis aborda específica y exclusivamente la licencia por maternidad, es preciso señalar que ambas legislaciones también han estructurado los mecanismos para que el padre pueda incorporarse a los cuidados del hijo, mediante la participación de los períodos de descanso por maternidad o la utilización directa de estos en supuestos de fallecimiento de la madre o de los períodos de suspensión en los casos de adopción y acogimiento. Es lo que se ha denominado como licencias parentales.

SÉPTIMA. En ambas normativas, la licencia por maternidad, estuvo durante varias décadas, incluida como incapacidad temporal, pero como ya se ha visto y reiterado a lo largo de este trabajo de investigación, esta contingencia ha adquirido su propia identidad, siendo en la actualidad totalmente independiente de la incapacidad temporal, lo que permitió la racionalización de los requisitos de acceso a la protección económica, que tanto en Colombia como en España, alcanzan el cien por cien del salario devengado.

OCTAVA. Respecto al ámbito de aplicación, la finalidad y los beneficiarios de la prestación por maternidad, en ambas legislaciones, la misma tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. Así mismo se incluye también como beneficiaria de la licencia, a la madre adoptante Y se observa claramente, que la legislación equipara una vez más los derechos de los beneficiarios de esta prestación por maternidad, sin distinción alguna de su sexo, dejando subordinado el disfrute paterno, a la elección de la madre, en casos de maternidad biológica, y señalando expresamente la exigencia del cumplimiento de los requisitos para que tal contingencia opere a favor de los padres y beneficiarios ya sea de forma simultánea o sucesiva.

NOVENA. Es importante señalar respecto a los regímenes de seguridad social existentes en ambos sistemas, que a pesar de tener los mismos requisitos de acceso a la prestación en el régimen contributivo, hay una importante variación en los períodos mínimos de cotización, ya que en Colombia, se exigen treinta y seis semanas cotizadas ininterrumpidamente (cotizar durante los nueve meses de gestación), sin importar la edad de la mujer, mientras en España, dicho período mínimo de cotización oscila entre 90 y 180 días, dependiendo de la edad de la mujer al momento de acceder a la licencia por maternidad. Por ello en Colombia, las empresas evitan vincular mujeres en estado de embarazo, puesto que en ese caso, al afiliar a la empleada a la Seguridad Social, la misma ya no cumple el requisito principal para tener derecho a que la Seguridad Social (la cotización de treinta y seis semanas ininterrumpidas), le pague la licencia de maternidad, y en consecuencia le correspondería a la empresa, o más concretamente, al

empleador, asumir ese costo, por lo cual, este requisito de acceso termina siendo una limitante adicional para las mujeres en estado de embarazo, en cuanto al inicio de alguna actividad laboral.

DECIMA. En el régimen no contributivo, hay una gran diferencia entre las normativas analizadas, ya que mientras en España se concede un subsidio económico que corresponde al 100% del IPREM (17.75€/día) para el año 2013, o inferior si tiene una base reguladora inferior, durante 42 días naturales, y se exige como requisito encontrarse en alta o en situación asimilada, en Colombia se exigen como mínimo 4 semanas cotizadas al momento de acceder, y el subsidio es de tipo alimentario, es decir se trata de una subvención en especie (alimentos o nutrientes que se entregan a la mujer gestante y a la madre del menor de un año de edad).

En ambas legislaciones se provee en este régimen no contributivo, la asistencia sanitaria necesaria tanto para la mujer gestante como para el menor.

UNDÉCIMA. Ahora bien, como el eje central de esta investigación es la finalidad y contenido de la prestación por maternidad, se ha de resaltar entonces este aspecto, por lo que podemos sintetizar que en la prestación económica, sin lugar a dudas, y en ambas legislaciones, desempeña una función sustitutiva de las rentas que los padres dejan de percibir, durante el disfrute del permiso correspondiente, y en caso de maternidad biológica, facilita durante las primeras seis semanas el restablecimiento pleno de la salud de la madre tras el parto. Pero el reconocimiento legal de este derecho, apoyado en la cobertura de la Seguridad Social, pretende otros fines aún más complejos, como la conciliación de la vida laboral y familiar, la no discriminación de la mujer en el trabajo y, de forma especial, la protección del menor.

DUODÉCIMA. Como ya se ha dicho, las licencias parentales, tienen por objeto proteger simultáneamente y en diferentes grados los intereses infantiles, así como los intereses de las madres y los padres empleados, personas dependientes y sus cuidadores, de los empresarios y otros intereses sociales (normalmente

representados por las instituciones públicas en sus distintas actividades: sanidad, educación, protección social). En conclusión, los sistemas de licencias parentales y por motivos familiares regulan aspectos básicos de la combinación entre el trabajo remunerado y la vida familiar, en el nivel del lugar de trabajo y de la empresa. Proveen también apoyo económico a las familias en esta etapa.

Y es que la finalidad de la prestación por maternidad, siendo un tipo de licencia parental, se traduce básicamente, en el hecho de que la trabajadora que suspende su relación laboral como consecuencia de la maternidad, conserva íntegramente sus derechos laborales y ha de reincorporarse a su puesto de trabajo sin perjuicio alguno; y así, esta prestación no podrá confundirse con otras, como las vacaciones.

DÉCIMA TERCERA. La protección por la maternidad, la cual se ha reiterado a lo largo de este trabajo, viene articulada a partir de muy diversas medidas, unas de claro matiz laboral, otras en normas de Seguridad Social, que pretenden garantizar no solamente la preservación de la salud de la madre y el hijo, y la relación entre éstos y con el padre, sino el nivel de recursos, esto es, aminorar la pérdida de ingresos que se produzca.

Tal pérdida de ingresos familiares no alcanza solamente a la maternidad biológica, o “por naturaleza”, sino que invade otras instituciones familiares como la adopción y el acogimiento, por lo cual, la protección por maternidad, ya no es una “cuenta de protección” exclusiva a la mujer trabajadora que acaba de alumbrar y necesita descansar una temporada a fin de recuperar plenamente su anterior vigor, antes de reintegrarse a su puesto de trabajo, sino que incluye también la adopción y el acogimiento previo, en una regulación paralela a la prevista en el Estatuto de los Trabajadores, para los supuestos de suspensión por maternidad.

Por lo tanto, concluimos que la finalidad esencial de la licencia por maternidad se divide en tres, que son:

- A) La prestación económica, trata de cubrir la pérdida de rentas o ingresos que sufren los trabajadores cuando se suspende el contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los periodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos. Al igual que en la legislación colombiana, anteriormente enunciada, esta prestación sustituye rentas salariales debido a que la madre no puede trabajar, por lo cual, el Estado le proporciona el dinero para su sustento.

En el mismo sentido, Gorelli Hernández, plantea que la situación protegida, es “la suspensión del contrato de trabajo, motivada por el nacimiento de un hijo, la adopción o el acogimiento, que genera la pérdida de rentas económicas, que van a ser cubiertas por la prestación por maternidad”.

- B) Estamos ante una medida fundamentalmente sanitaria, y que intenta establecer una conciliación entre la vida familiar y la vida laboral, sin que se tenga que renunciar a ninguna de ellas. En casos de maternidad biológica, la licencia por maternidad tiene por objeto proteger a la madre y al bebé durante las últimas semanas del embarazo y el nacimiento; permite la recuperación tras el parto y la lactancia en los primeros meses del bebé, así como el fortalecimiento de su relación afectiva con el neonato, esto en casos de maternidad biológica, mientras que en casos de adopción y acogimiento, este carácter se dirige a facilitar la integración del nuevo miembro al núcleo familiar.

De igual manera, la finalidad de la licencia por maternidad, a la recuperación de la madre, esto en el caso de la maternidad biológica, y en la asimilación del nuevo rol que la misma empieza a ejercer desde el momento mismo del parto, por tal razón, el descanso remunerado, cumple con una función restablecedora de la salud de la mujer, quien no podría regresar inmediatamente después del alumbramiento, a su puesto de trabajo, ya que su condición física, le supone un impedimento temporal, en el ejercicio de sus funciones cotidianas.

C) La protección de la situación de indefensión en la que se encuentra el recién nacido, con la necesidad de contar con la protección y cuidado de sus padres, que garanticen su bienestar emocional y físico. Protección ésta que se ve reflejada en la ausencia de los padres, de sus puestos de trabajo.

DÉCIMA CUARTA. Respecto de la renunciabilidad a la licencia por maternidad en ambas legislaciones, se puede señalar que el carácter renunciable de la suspensión del contrato de trabajo por maternidad, así como de la totalidad de las prestaciones de Seguridad Social, admite que sus beneficiarios dimitan frente al derecho de disfrute libremente, puesto que tales prestaciones se condicionan a petición de los interesados, y por ende, no se imponen a los potenciales beneficiarios, que son lo que al cabo deciden sobre si están o no en situación de reincorporarse a su puesto de trabajo anticipándose al vencimiento del periodo de descanso voluntario

DÉCIMA QUINTA. No se puede cerrar este apartado de conclusiones sin hacer alusión a la licencia por maternidad en las parejas homosexuales, ya que por tratarse de una situación cada vez más frecuente, supone todo un reto jurídico para la legislación de cualquier país, por su naturaleza y por la forma en que se ha planteado la prestación en la normativa.

A este respecto, lo primero que se debe resaltar es que a diferencia de la legislación española, la normativa colombiana no reconoce aún las uniones homosexuales, al menos no, legalmente, ya que a pesar de ser una realidad en notorio incremento, la misma no cuenta con una normativa que la regule. Por lo que hasta el día de hoy, no solo son ilegales las uniones entre parejas del mismo sexo, sino que no se les reconocen derechos como la adopción legal, las pensiones de sobrevivientes (pensiones de viudedad en España), y mucho menos la licencia por maternidad. Toda esta negativa a reconocer que hay otras formas de constitución familiar, radica en la Constitución Política que señala expresamente que las familias se constituyen por un hombre y una mujer, no dejando posibilidad jurídica a la creación de familias homosexuales, situación que

como es lógico se puede modificar, aunque obviamente tal modificación puede encontrar oposiciones en sectores civiles (recordando al efecto, por ejemplo que la religión católica es la oficial en Colombia) por lo cual, probablemente tendrán que pasar varios años más, para que esto ocurra.

Por cierto, hace ya más de un año, la Corte Constitucional Colombiana, delegó al Congreso la legislación al respecto, suponiendo que si en dos años este no se pronuncia, tales familias tendrían los mismos deberes y derechos que las familias tradicionalmente constituidas.

Tal nueva legislación, tendría que abordar un aspecto crucial, como es el de regular el derecho de estas familias a adoptar. Hasta la fecha la Corte no se ha pronunciado, y en la última semana del mes de septiembre de 2013, se anunció el aplazamiento de la esperada sentencia sobre la acción de tutela que interpusieron dos colombianas casadas bajo leyes alemanas contra el Defensor Segundo de Familia de Rionegro (Antioquia) por negarles la posibilidad de adoptar.

Es de anotar, que a pesar de no tener reconocimiento por vía legal, las uniones homosexuales si han tenido reconocimiento por vía jurisprudencial, en pocas Sentencias de la Corte Constitucional, dicho organismo reconoce que este tipo de uniones, son también formas de constitución de familias.

Actualmente no hay línea jurisprudencial suficiente al respecto, dado que se requiere, como se ha dicho antes, de una reforma constitucional, para incluir a las parejas homosexuales como formas legales de constituir familias.

Esta forma de reconocimiento, es un punto de inicio para que posteriormente y una vez reglamentado por vía legislativa, las uniones homosexuales, puedan llegar a adquirir los mismos derechos que las uniones tradicionales, y por ende optar por la adopción y la consecuente licencia por maternidad.

En España por su parte, las uniones homosexuales son legalmente válidas, y por tanto el derecho a la licencia por maternidad que se desprende de las habituales

adopciones, y/o maternidades biológicas en el caso de las parejas lesbianas, son una realidad cada vez más frecuente. El reto en estos casos, es determinar a cual de los miembros de la pareja le corresponde ser el beneficiario de la licencia por maternidad y a cual el de la licencia por paternidad. Un reto mayor aún si se tiene en cuenta que el Código Civil Español, únicamente reconoce la paternidad y la maternidad de las personas, pero no la posibilidad de dos maternidades.

En el caso de parejas constituidas por dos mujeres, y en el caso que accedan a la maternidad mediante la inseminación artificial de una de ellas, está claramente evidenciado que por estar claramente definida la maternidad biológica, será quién dé a luz la beneficiaria de la licencia por maternidad.

Pero la misma problemática en las parejas constituidas por dos hombres, que deciden adoptar, resulta aún más compleja de definir, y hasta el momento no se tiene fórmula alguna que pueda señalar quien funge en esos casos como “madre” y quien como “padre”, o si sencillamente, ambos son considerados como “padres”. Por lo cual la solución más equilibrada es conceder a ambos padres la licencia, siempre que reúnan los requisitos de acceso a la prestación. pero ello ya queda a la interpretación jurídica que se haga en cada caso concreto.

Es preciso señalar que a pesar de este reconocimiento legal, en España, la ley que reconoce las uniones homosexuales, y le otorga los mismos derechos que a las familias tradicionalmente constituidas o heterosexuales, contiene grandes vacíos jurídicos, que a falta de legislación al respecto, han tenido que irse sustituyendo a través de jurisprudencia, ya que el Instituto Nacional de Seguridad Social Español, se niega a pagar las licencias por maternidad a las parejas homosexuales, obligándoles a presentar las demandas respectivas para tal fin.

La ley española, solo contempla la posibilidad de que un hombre tenga derecho a la baja de maternidad en caso de fallecimiento de la madre, adopción o acogimiento". "Pero el fin primordial tiene que ser el interés del menor, el cuidado del bebé", y ese ha sido justamente el argumento que ha tenido en cuenta el TSJ de Madrid para fallar a favor de los padres solicitantes y en contra del INSS. Lo

anterior sin dejar de lado que además del desconocimiento legal, se está incurriendo en la discriminación con respecto al resto de familias.

Cabe reflexionar ahora si es que la administración pública sigue desconociendo la legalidad de las familias homoparentales.

DÉCIMA SEXTA. Es preciso referirse ahora, a la estabilidad laboral reforzada que persigue la licencia por maternidad como un mecanismo protector tanto de la madre como de su hijo, la misma que impide al empleador despedir a la mujer en estado de embarazo, y le reserva la permanencia en el puesto de trabajo, después de terminado el período de descanso obligatorio por maternidad,

En ambas legislaciones, la protección en cuanto a la reserva del puesto de trabajo y demás prerrogativas abordadas con antelación, es evidente y resultan efectivas en la gran mayoría de los casos, pero a la vez, suponen incentivos tácitos al empleador para que se abstenga de contratar mujeres en estado de embarazo y/o mujeres en general, que a medio o corto plazo le puedan significar bajas maternales y abandonos del puesto de trabajo por lactancia, enfermedad de los hijos y todo lo que supone.

DÉCIMA SÉPTIMA. Resulta contradictorio hacer referencia a este aspecto, ya que durante todo el trabajo de investigación se han resaltado las virtudes de ambos sistemas de Seguridad Social (el colombiano, y el español), en cuanto a la protección de la trabajadora y de su hijo, pero no se puede desconocer, que la inserción de la mujer en el mercado de trabajo, se ve notoriamente obstaculizada por la posibilidad de la licencia por maternidad, así que es un aspecto tan destacable como la protección misma que las legislaciones otorgan. Es decir, que a pesar de los grandes avances que respecto a la protección por maternidad tienen actualmente los países analizados, la mujer continúa enfrentando obstáculos para su inserción laboral vinculados a la maternidad. Aunque la legislación ha avanzado en cuanto a la socialización de los costos asociados a la licencia por maternidad y en la protección de los derechos laborales de las madres, la maternidad sigue siendo una fuente de discriminación para las mujeres en edad reproductiva.

DÉCIMA OCTAVA. Desde el posible punto de vista del empleador, y habiendo planteado como cuestión previa, la negativa de los empleadores en cuanto a la contratación mujeres en edad reproductiva, por considerarlas más onerosas, después de investigar este tema a fondo, se puede concluir con claridad y con apoyo en diversos estudios de la Organización Internacional del Trabajo OIT, que el costo adicional de emplear a una mujer, y de cubrir los gastos de protección de la maternidad y el cuidado de los niños es muy bajo, ya que este componente del costo no salarial asciende a menos del 2% de las ganancias brutas mensuales de las mujeres empleadas. Si consideramos todos los costos no salariales, incluidos los de capacitación y de indemnizaciones por accidentes de trabajo y otros relativos a diferentes categorías de trabajadores, tanto de hombres como mujeres, los costos adicionales de contratar a una mujer son casi nulos. Esto se debe a que el pago de las prestaciones de maternidad y los salarios durante la licencia por maternidad no corre por cuenta del empleador, sino que proviene de fondos de la seguridad social.

Cuando la financiación proviene del sistema de seguridad social, lo que ocurre en la mayoría de los países (incluido Colombia y exceptuando Chile), es que la parte que aporta el empleador no tiene relación con la cantidad ni la edad de las empleadas mujeres, sino con el número total de empleados de ambos sexos. Con esta forma de financiación se procura garantizar un valor esencial, al proteger a las mujeres de una eventual discriminación a causa de la maternidad, que es la esencia de los convenios de la OIT sobre la protección de la maternidad.

DÉCIMO NOVENA. Es claro que para algunos países, atender a las recomendaciones y Convenios de la Organización Internacional del Trabajo sobre protección a la maternidad, es más complejo, ya sea por la base cultural, el contexto socio político del momento, y los recursos económicos destinados para tal fin, lo que determina que se legisle sobre el tema de manera más concreta, o se deje a la libre interpretación judicial que generan las acciones legales interpuestas por las madres trabajadoras y que a través de la jurisprudencia, encuentran la respuesta a los vacíos normativos sobre esta contingencia. En

concreto, las legislaciones analizadas han encontrado en los Convenios de la OIT, un punto de referencia para proteger la maternidad, en el caso de Colombia, de manera más lenta que en el caso español, que ha tomado las recomendaciones, como punto de referencia, implementándolas más rápidamente, y otorgando un poco más de tiempo de descanso remunerado por maternidad que el que señala el Convenio, situación que en Colombia ha sido muy reciente y que ha costado muchos años, ceñirse a la recomendación de otorgar el mínimo de semanas de descanso por maternidad sugerido por la OIT de 14 semanas.

VIGÉSIMA. En ambas legislaciones, se requiere una normativa más completa, que reglamente todos los aspectos necesarios para un eficaz reconocimiento del derecho a la licencia por maternidad, gestión y pago de la misma, sin tener que recurrir a los tribunales para ello. Es necesario incluir no solo la familia tradicional, sino también los nuevos tipos de familia existentes, a esta regulación, para asegurar el acceso de las mismas a los beneficios legales a que tienen derecho, como la protección por maternidad, y no esperar que sea solamente por vía jurisprudencial, que se legisle en cada caso concreto.

BIBLIOGRAFÍA.

A) libros y artículos

Aguilera Izquierdo, R., y Gil Plana, J., “Las Prestaciones Económicas por Maternidad, Paternidad y Riesgo Durante el Embarazo y la Lactancia Natural” (Análisis de del RD 295/2009, de 6 de marzo), Ed. Civitas, Thompson, Madrid, 2010.

Aguilera Izquierdo, R., Barrios Baudor, G., y Sánchez-Urán Azaña, Y., “Protección Social Complementaria”, Ed. Tecnos, Madrid, 2005.

Alarcón Caracuel, M.R., “La Seguridad Social en España”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1999.

Almansa Pastor, J.M., “Del Riesgo Social a la Protección de la Necesidad” Revista ISS núm. 6, 1991.

Alonso Olea, M. “Las Prestaciones Sanitarias y de la Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1994.

Alonso Olea, M. y Tortuero Plaza, J.L “Instituciones de Seguridad Social”, Ed. Civitas, Madrid, 1999.

Alonso Olea M, y Tortuero Plaza J.L., “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo séptima edición, Ed. Civitas, Madrid, 2000.

Alonso Olea M., Tortuero Plaza J.L.: “Instituciones de Seguridad Social”, Décimo octava edición, Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Alonso Olea, M., “Principios Cardinales del Proyecto de Ley de Bases de la Seguridad Social”, Ed. Ediciones del Trabajo “Diálogo”, Madrid, 1964.

- Archila Neira, M., "Cultura e Identidad Obrera", Ed. Cine, Bogotá, 2000.
- Aznar Embid, S., "El Seguro Obligatorio de Maternidad", Ed. Publicaciones del Instituto Nacional de Previsión", Madrid, 1996.
- Ballester Pastor, M.A., "Diferencia y Discriminación Normativa por Razón de Sexo en el Orden Laboral", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Barrios Baudor, G.L., "Las Situaciones Asimiladas al Alta en el Sistema Español de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Navarra, 1997.
- Barrios Baudor, G.L., "La Incapacidad Temporal, el Riesgo Durante el Embarazo y la Maternidad". En "Seguridad Social, Manual de formación", Madrid, 2001.
- Berrocal Jaime, A., "La Tutela Judicial de las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo", Ed. Bosch, Barcelona, 2003.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- Blasco Lahoz, J.F., "Curso de Seguridad Social: (Régimen General y Prestaciones No Contributivas), Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- Blasco Lahoz, J.F., "Regímenes Especiales de la Seguridad Social", Ed. Tirant Lo Blanch, Madrid, 2010.
- Blasco Lahoz, J.F., López Gandía, J., y Momparler Carrasco, M.A., "Curso de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- Bonilla G, R., "Pensiones: En Busca de la Equidad" Boletín N° 8 del Observatorio de Coyuntura Socio Económica (OCSE) del Centro de Investigaciones para el Desarrollo (CID), Bogotá (Colombia). 2001.

- Bonilla, R., "Pensiones: en Busca de la Equidad", Cuadernos de Economía, v. XX, n. 34, Bogotá, 2001, páginas 307-335 en Mesa T. Emiro, Coyuntura Económica, Laboral y Sindical de Colombia a octubre de 2005. Escuela Nacional Sindical. Medellín, Diciembre de 2005.
- Cabeza Pereiro, J., "La Maternidad de las Profesionales Aseguradas por Mutualidades". En Actualidad Laboral, Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Cabeza Sánchez-Albornoz S., "Legislación Protectora de la Maternidad en la época de la Restauración Española", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 2000.
- Calzadilla Medina, A., "La Adopción Internacional en el Derecho Español", Ed. Dykinson, Madrid, 2004.
- Castro Arguelles, M.A., "El Subsidio por Maternidad de Naturaleza No Contributiva: Puntos Críticos". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Castro De Arenas, R.E., "La Reproducción Asistida", Ed. Forum Pascis, Bogotá, 1995.
- Chacártegui Jávega, C., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de la Incapacidad Temporal". En AAVV: La incapacidad Temporal (Coordinador por A. Ojeda Avilés), Ed. Technos, Madrid, 1996.
- Circular Externa Conjunta número 000013 de 2012, del Ministerio de Salud y Protección Social Colombiano.
- Coll De Pestaña, I., "Sexo y Género en el Matrimonio: Cómo será la Familia del Futuro?". En "Familia, Tecnología y Derecho", Ed. Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2002.

Concepto 17783, Ministerio de Protección Social, 10 de junio de 2009, Bogotá, Colombia.

Concepto 183276, Ministerio de Protección Social. 30 de Junio de 2010, Bogotá, Colombia.

Concepto 358, Ministerio de la Protección Social. 16 de enero de 2004 , Bogotá, Colombia.

Concepto 0103, Ministerio de la Protección Social. Seguridad Social y Maternidad. 13 de enero de 2004, Bogotá, Colombia.

Conde-Pumpido Tourón, M.T., “Trabajo y Familia en la Jurisdicción Social. Conciliación de la Vida Familiar y Laboral y Protección Contra la Violencia de Género”, Ed. Centro de Documentación Judicial, Madrid, 2007.

Cook R., Dickens, B., “Salud Reproductiva y Derechos Humanos. Integración de la Medicina, la Ética y el Derecho”, Ed. Profamilia, Bogotá, 2003

Cordero Saavedra, L., “La Protección de las Mujeres Embarazadas Contra el Despido y Aplicación de las Directivas 76/2007/CE y 92/85/CE, Ed. Aranzadi, Madrid, 2002.

Corte Heredero, N.: “Maternidad y cuidado de los hijos: su protección en el ámbito de la Seguridad Social” RMTAS, núm. 9, 1998.

De la Villa Gil, L.E., “Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

De la Villa Gil, L.E. y Desdentado Bonete, A., “Manual de Seguridad Social”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1979.

Del Valle Villar, J.M., y Rabanal, P. "Derecho de la Seguridad Social" Segunda edición, Ed. Cinca, Madrid, 2012.

Desdentado Bonete, A., "La Situación Legal de Desempleo. Requisitos Sustantivos y Formalización". En "Seguridad Social: Manual de Formación", Ed. Civitas, Madrid, 2002.

Desdentado Bonete, A., Fernández Fernández, B. y Gonzalo-Sancho López, E.: "La reforma de las pensiones de la Seguridad Social. Un comentario sistemático a la Ley 26/1985, de 31 de julio", Ed. Civitas, Madrid, 1986.

Diduck, A., "Legalizando las Ideologías sobre la Maternidad", en Revista Pensamiento Jurídico, núm. 3, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 1995.

Donoso S., "Maternidad y Lesbianismo", Ed. Sanz&Sanz, Bilbao, 2011.

Escudero Rodríguez, R., "La Ley 3/89: Una Reforma Promocional de la Mujer con Acentuados Claroscuros", Relaciones Laborales número 11, Ed. Tecnos, Madrid, 1989.

Espinoza Pérez, B., "Derecho y Maternidad, el Lenguaje Jurídico ante la Transformación de un Mito", Ed. Vniversitas, Bogotá, 2006.

Espinoza, B., "Paternidad y Maternidad", Ed. Universidad del Valle, Cali, 1996.

Falcón O'Neill, L., "Los Derechos Laborales de la Mujer", Ed. Montecorvo, Madrid, 1965.

Fernández Domínguez, J.J., "Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social", Ed. Aranzadi, Albacete, 2007.

Fernández Domínguez, J.J., “La Mujer ante el Derecho de la Seguridad Social”, Ed. La Ley, Madrid, 1999.

Fernández Márquez, O., “La Situación Legal de Desempleo”, Ed. Ciencias jurídicas Universidad de Oviedo, Oviedo, 2005.

Fernández Orrico, F.J., “Las Pensiones No Contributivas y la Asistencia Social en España”, Ed. CES, Madrid, 2004.

Fernández Orrico, F.J., “Las Prestaciones de la Seguridad Social: Teoría y Práctica”, Ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004.

Fernández Urrutia, A., “Prestaciones Económicas de Incapacidad Temporal y Maternidad” Ed. Tirant le Blanch, Valencia, 1999.

Figuroa Bello A., “Otras Directivas Europeas”, Biblioteca Jurídica Virtual de la UNAM, 1999.

García Delgado J.L., “Regímenes de Salud en Colombia”, Ed. Dike, Barranquilla, 1998,

García Lemos, J. “Desarrollo Laboral en Colombia”, Ed. Dike, Bogotá, 1997.

García Ninet, J.I. “Manual de Derecho de la Seguridad Social”, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

García Ortuño, F., “Seguros Privados y Seguridad Social”, Ed. MTSS, Madrid, 1975.

García Rodríguez B., “Las Merecidas Vacaciones de una Madre”, Ed. Aranzadi, Pamplona 2008.

- Garriguez Giménez, A., "Incapacidad temporal o maternidad. Interrupción del embarazo: la intersección de dos contingencias". En AA.VV, La incapacidad temporal, Tecnos, Madrid, 1996.
- Garriguez Giménez, A., "La Maternidad y su Consideración Jurídico- Laboral y de Seguridad Social". En Colección Estudios 159, Ed. Consejo Económico y Social, Madrid, 2004.
- Gastesi, A., "Las Trabajadoras del Servicio Domésticos, un "lujo" de los Países del sur de Europa", Ed. Vanguardia, Barcelona, 2011.
- Gisbert Grifo, M., "Mujer y Trabajo en el Siglo XXI: Estudio y Prevención de Riesgos Laborales" Ed. Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Santander, 2007.
- Goerlich Peset, J.M., y Nores Torres, L.E. "Poderes Directivos Empresariales y Conciliación de la Vida Laboral y Familiar: Una asignatura pendiente". En "Mujer, Trabajo y Seguridad Social", (Dir. Borrajo Dacruz, E.) Ed. La Ley, Madrid, 2010.
- Gómez H., J.A., "Implicaciones Jurídico-Laborales de la Maternidad en Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 2011.
- González Ortega, S.: "Introducción al Derecho de Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Madrid 2009.
- González Ortega, S., "Prestaciones no Contributivas de la Seguridad Social", X Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Ed. Trotta, Sevilla, 1992.
- González Posada, C., " Los Seguros Sociales", Ed. Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1929.

Gonzalo González. B., “La Seguridad Social de las mujeres en España: Problemas de seguridad y de injusticia material”, Tribuna Social núm. 48, 1994.

Gorelli Hernández J., Igaruta Miró M.T., “Las Prestaciones por Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.

Gorelli Hernández, J., “La Reciente Ley 39/1999, para Promover la Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras”, RL número 24, Valencia, 1999.

Herrán A.I., “Adopción Internacional”. Ed. Dykinson, Madrid, 2000.

Higuita Higuita, H., “Empresas de Economía Social”, Ed. Secretaría de Desarrollo de la Comunidad, Gobernación de Antioquia. Medellín, 1991.

Hurtado González, L., “Asistencia Social y Seguridad Social: sus Fronteras Actuales” Actualidad Laboral número 26, Ed. La Ley, Madrid, 1993.

Instituto Nacional de Gestión Sanitaria INGESA, “El Seguro de Maternidad, Conferencia a los Obreros”, Ed. Ingesa, Madrid, 2001.

Lafont Pianeta, F., “Tratado de Derecho Laboral Individual”, 1ª Edición, Ed. Ciencia y Derecho, Santa Fe de Bogotá, 1999.

Lamas, M., “Antropología y Sociedad”, Ed. Azteca, México, DF, 2004.

Lemaitre Ripoll, J., “Alcances de la Reforma Legal. La Prohibición de Despido a la Mujer Embarazada en Colombia”, Ed. Red Alas, Bogotá, 2006.

Lopera de Ortiz, A., y Aguinaga B.F., “El Mutualismo, Autogestión Popular”. Ed. Dancoop, Medellín, 1988.

- López Aniorte, M.C., "La suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", en "Anales de Derecho número 8,", Murcia, 2000.
- López, E., "Salario Maternal". En "Correo Gallego", Ed. Grupo Correo Gallego, Galicia, 2007.
- Losada González, H., "Prestaciones por maternidad y riesgo durante el embarazo" En: Prontuario de las prestaciones de la Seguridad Social (Coordinación, Ignacio Moreno González-Aller) , Madrid 1999.
- Lozano, P. y Morgado Valenzuela, E., "Los Riesgos Sociales desde la Perspectiva Latinoamericana", Ed. UNAM, México, 1997.
- Maldonado, M.C., "Tendencias de las Representaciones Sociales de la Paternidad y la Maternidad en la Última Mitad del Siglo XX en Cali, Género y Sexualidad en Colombia y Brazil, Manzana de la Discordia", Ed. Santillana, Cali, 2002.
- Martín Valverde A., "La Legislación Social en la Historia de España. De la Revolución Liberal a 1936", Ed. Congreso de los Diputados, Madrid, 1987.
- Martínez Moya, J., "Maternidad y Riesgo Durante el Embarazo: Puntos Críticos y Reformas Plasmadas en la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres", en Foro de Seguridad Social, núm. 17, 2007.
- Maya, R., "Nuevos Tiempos, Nuevos Conceptos de Maternidad", Ed. Inca, México DF, 2002.
- Mazuelos Fernández-Figueroa, M., "La Prohibición de Despido de la Trabajadora Embarazada: Reflexiones sobre el artículo 10 de la Directiva 92/85CE, de 19 de octubre de 1992" Revista de Derecho Social, Número 7.

Molero Manglano, C.L., “Suspensión del contrato de trabajo: nota doctrinal y materiales básicos”, *Revista de Trabajo*, núm. 91, 1988.

Molero Manglano C. “Participación laboral y democracia económica”, Jornadas sobre participación impartidas por la Universidad de Deusto, Deusto 1990.

Molina González-Pumariega, R., “El Permiso Parental por Maternidad y el Derecho a la Protección frente al Despido tras la Ley 39/1999”, Tomo V, Ed. AS, Sevilla, 1999.

Montoya Melgar A., “Ideología y Lenguaje de las Leyes Laborales en España”, Ed. Aranzadi S.A., Navarra, 2009.

Montoya Melgar, A., “Curso de Seguridad Social”, Ed. Servicio de Publicaciones, Facultad de Derecho, Universidad Complutense Madrid, Madrid, 1998.

Montoya Melgar, A., “La Seguridad Social Española: Notas para una Aproximación Histórica”, *Revistas de Trabajo* núm. 54 y 55, Madrid, 1996.

Mujika Florez, I., “La Maternidad en las Mujeres Lesbianas”, Ed. Centro de Estudios y Documentación para las libertades sexuales”, Bilbao, 2010.

Núñez Cortes-Contreras P., “La Licencia por maternidad de la trabajadora”, Ed. Comillas, Madrid, 2002.

Núñez Cortés-Contreras, P., “Los Orígenes de la Protección por Maternidad”. En “*Revista de Fomento Social*”, Ed. RFS, Madrid, 2002, págs. 25-45.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega R., “La Suspensión del Contrato de Trabajo de la Mujer Trabajadora (supuestos más Significativos y Puntos Críticos)”. En “*Mujer, trabajo y Seguridad Social*”, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Núñez-Cortés Contreras, P., y Molina González-Pumariega, R., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad Biológica", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Observatorio de Relaciones Industriales (Boletín elaborado por el Gabinete de Estudios del Consejo Económico y Social) marzo de 1999.

Ochoa Rico, C., "Filiación Natural, Adopción y Desarrollo Jurídico de un Proceso", Ed. Librería Jurídica Wilches, Bogotá, 1978.

Ojeda Avilés, A., "La Exclusión de la Maternidad de la Contingencia de Incapacidad Temporal", págs. 93 y ss., Ed. Tecno, Madrid, 1.996.

Olarte Encabo, S., "El Derecho a Prestaciones de Seguridad Social: Un Estudio del Régimen Jurídico General de las Prestaciones de la Seguridad Social", Ed. Madrid: Consejo Económico y Social, 1997.

Orozco Africano, J.M., "Caracterización del Mercado de Aseguramiento en Salud para el Régimen Contributivo en Colombia" Ed. Eumed, Bogotá, 2008.

Palacio Lopera, A., "Derecho Laboral, Guía didáctica y Módulo", Ed. FUNLAM, Bogotá, 2007.

Panizo Robles J.A., "Las Prestaciones Económicas de la Seguridad Social por maternidad", Estudios Financieros, Revista de Trabajo y Seguridad Social, número 226, Madrid, 2002.

Pérez Alonso, M.A., "Informe sobre el Real Decreto 295/2009", Ed. Aranzadi Social, núm. 3, Madrid, 2009.

Pérez Del Río, T., "La Discriminación por Razón de Sexo, en la Negociación Colectiva", Ed. Instituto de la Mujer, Madrid, 1997.

Pérez Gutiérrez L., "Historia y Civilización en Colombia", Ed. Santillana, Bogotá, 1991.

Pérez-Espinosa Sánchez, F., "Las Infracciones Laborales y la Inspección de Trabajo", Ed. Montecorvo, Madrid, 1977.

Pérez Valencia, G., "Mutualismo y Economía Solidaria", Ed. Corporación Educativa Mutualista. Medellín, 1991.

Perrin, G., "Reflexiones sobre cincuenta años de Seguridad Social", Revista Internacional del Trabajo, núm. 3, 1969.

Portugal Barriuso, R., "Cuantía de la Prestación por Maternidad, Relaciones Laborales", Ed. La Ley, Madrid, 1997.

Quesada Segura, R., "El Contrato de Servicio Doméstico", Ed. La ley, Madrid, 1991.

Quintero, B., "Análisis preliminar de la Ley 823 de 2003 en Colombia, Por la cual se dictan normas sobre Igualdad de Oportunidades para las Mujeres", Ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos IDH, San José de Costa Rica, 2007.

Ramirez, J.M., y López Gandía, J., "Valores Constitucionales y Seguridad Social", Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales número 13, Madrid, 1998.

Rengifo Ordoñez, J.M., "La Seguridad Social en Colombia", Ed. Temis, Bogotá, 1974.

Ríos Rodríguez, A., "Cuadernos de Trabajo Social núm. 4 y núm. 5, 1992- 1993", Ed. Universidad Complutense, Madrid, 1993.

Rivas Vallejo, P., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Nacimiento o Adopción de Hijos", Ed. Aranzadi, Pamplona 1999.

Rodríguez Escanciano, S., "La Familia en el Ámbito Jurídico Laboral", Edit. Tirant, Valencia, 2008.

Rodríguez Escanciano, S., "La Suspensión del Contrato de Trabajo por Maternidad y Supuestos Asimilados: Breves Consideraciones tras la Promulgación del Real Decreto 1251/2001, de 16 de noviembre", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2003.

Rodríguez González, J., "Historia de Colombia que Todos Debemos Saber", Ed. Norma, Bogotá, 1994

Rodríguez Márquez, J., "Historia y Geografía de Colombia", Ed. Planeta, Bogotá.

Rodríguez Piñero, J. y Bravo-Ferrer, M., "Conciliación de la Vida Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras", Relaciones Laborales, número 19, Madrid, 1999.

Rodríguez Piñero, J. y González Ortega, S., "La Configuración Constitucional de la Seguridad Social como Condicionante Necesario de su Reforma", II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo, MTSS, Madrid, 1985.

Rodríguez Santos, B., "Comentarios Prácticos a la Ley de Seguridad Social", Tomo I, 1ª Edición, Ed. Lex Nova, Valladolid, 1972 .

Rojas, A., "Fuero de Maternidad, Garantía a la Estabilidad Laboral", Ed. Universidad del Norte, Bogotá, 2003.

Rojas Pardo, A., "Nueva legislación Cooperativa", Ed. Fundación para la Investigación y el Desarrollo de la Economía Social, "Findesarrollo". Bogotá, 1989.

Roqueta Buj, R., "Las mejoras voluntarias de la Seguridad Social" Actualidad Laboral, N.º 12, Quincena del 16 al 30 Jun. 2010, Tomo 1, Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Rumeo De Armas, A., "Código del Trabajo del Indígena Americano", Ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1953.

San Martín Mazzucconi, C., "Delimitación Jurídica del Objeto de Protección de la Seguridad Social española", Ed. RFS, Madrid, 2009.

Sánchez Calero, F., "Instituciones de Derecho Mercantil" 16ª Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1992.

Sánchez Pérez, F., "El movimiento obrero en la historia de España", en "Cuadernos de Historia Contemporánea", "El Movimiento Obrero en la Historia de España". Ed. Taurus, Madrid, 1972.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "La Maternidad como Contingencia Específica" Ed. Villa Sanz, Valladolid, 2000.

Sánchez Rodas-Navarro, C., "El Régimen Jurídico de las Prestaciones No Contributivas de Seguridad Social en el Ordenamiento Español", Ed. Laborum D.L., Murcia, 1998..

Sánchez-Urán Azaña, Y., "Seguridad Social y Constitución", Ed. Civitas, Madrid, 1995.

Santa María, S. M., "Los 15 años de la ley 100", Ed. Espectador, Bogotá, 2008.

Sanz Merino, A.R., "Manual Básico del Sistema de Seguridad Social", Ed. La Ley, Madrid, 2010.

Sempere Navarro, A., García Blasco, J., González Labrada M. y Cardenal Carro M., "Derecho de la Seguridad Social", Ed. Tirant lo Blanch, Valencia 2009.

Sempere Navarro, A. V. y Barrios Baudor, G.I., "Las Pensiones no Contributivas", Ed. Aranzadi, Navarra 2001.

Tejada Suárez, L., "Crónicas de la economía Política de Colombia", Ed. Equidad, Bogotá, 1999.

Torrente Gari, S., "La Mujer y la Protección Social", Colección de Seguridad Social, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L. "Reflexiones sobre la Seguridad Social y su Reforma: del Compromiso Político a la Reforma Legislativa", AA.VV, Estudios d Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en Homenaje al Prof. Sagardoy Bengoechea, Universidad Complutense, Madrid, 1999.

Tortuero Plaza, J.L.: "La Evolución de la Seguridad social (1978-1995): el inicio de la modernización del Sistema en clave continuista". En "Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales" Núm. 44, Junio 2003, Madrid, 2003.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "El mutualismo en Antioquia, una vía hacia la seguridad social. Elaboración para Federación de Asociaciones Mutuales de Antioquia". Ed. Dancoop, Medellín, 1994.

Vélez R.A. y Montoya M., J.C., "Introducción al Mutualismo". Ed. Centro de Investigaciones Sociales. Medellín, 1992.

West, R., "Género y Teoría del Derecho", Ed. Uniandes, Bogotá, 1998.

B) SENTENCIAS COLOMBIANAS

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-179 de 1993.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-173 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-568 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-694 de 1996.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-622 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 470 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana SU-111 de 1997.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C- 989 de 1999.
Sentencia del Tribunal Supremo número 19/2000, de 1999.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-075 de 2001.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-472 de 2002.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-1013 de 2002
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-029 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-273 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-113 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-118 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-999 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-709 de 2003.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-404 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1243 de 2005.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-598 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-218 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-624 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-181 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-808 de 2006.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-206 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-530 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T- 034 de 2007
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-216 de 2007.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-153, de 2007.

Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1223 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-095 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-1169 de 2008.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-930 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-633 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-649 de 2009.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-069 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana C-543 de 2010.
Sentencia de la Corte Constitucional Colombiana T-646 de 2012.

C) SENTENCIAS ESPAÑOLAS Y DE LA UNIÓN EUROPEA.

Sentencia del TSJ de Cataluña de septiembre de 1990 (AS 1990,2471).
Sentencia del TSJ de Asturias de 11 de marzo de 1991 (AS 1991, 2175).
Sentencia del TSJ de Castilla La Mancha de 6 de mayo de 1992 (AS 1992,2346).
Sentencia del TSJ de Islas Baleares de 7 de mayo de 1992 (RA 2323).
Sentencia del TSJ de la Rioja, de 11 de mayo de 1992 (AS/1992/2485).
Sentencia del TSJ de Castilla y León, de 26 de enero de 1993 (Ar. Soc. 191).
Sentencia del TSJ de Galicia, de 5 de enero de 1994 (AS1994, 1999).
Sentencia del TSJ del País Vasco, de 20 de enero de 1998 (Ar. Soc. 743).
Sentencia del TSJ de las Islas Canarias/Santa Cruz de Tenerife, de 30 de marzo de 2009. Rec. 215/2009.
Sentencia del TSJ de Madrid de 13 de febrero de 2001, rec. 5631/2000.
Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 1 Jun. 2000, rec. 7400/1999.
Sentencia del TSJ de Aragón, Sala Cuarta, de lo Social de 14 Nov. 2002, rec. 3841/2001.
Sentencia del TC 17/2003, de 30 de enero RTC 2003.
Sentencia del TSJ de Cataluña de 17 de febrero de 2003, rec. 4088/2002.
Sentencia del TJCE de 18 de marzo de 2004.
Sentencia del TSJ de Asturias de 26 de marzo de 2004 rec. 3208/2003.

Sentencia del TS de Madrid, de 19 de abril de 2004, rec. 1968/2003.

Sentencia del TSJ de Cataluña de 21 de julio de 2004, rec. 1609/2004.

Sentencia del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de Madrid, de 26 de Enero de 2005 (LA LEY 11406/2005) en la que se reproduce íntegramente la sentencia de 29 de Abril de 2002 (LA LEY 6236/2002).

Sentencia EDJ 2006/297144 TSJ Comunidad Valenciana Sala de lo Social, sec. 1ª, S 25-4-2006, nº 1323/2006, rec. 4564/2005.

Sentencia del TSJ de Madrid de 5 de abril de 2005, rec., 6092/2004.

Sentencia del TC 182/2005, de 4 de julio RTC 2005.

Resolución núm. 2/2004 de 30 septiembre RJ 2005\664.

Sentencia del TS de Madrid de 26 de abril de 2006, rec. 2076/2005.

Sentencia del TSJ Com. Valenciana, de 13 de junio de 2006, rec. 4633/2005.

Sentencia del TC 214/2006, de 3 de julio RTC 2006.

Sentencia del TSJ de Islas Baleares, núm. 464/2006 de 30 de octubre (AS 2006/3197).

Sentencia del Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 16 Nov. 2006, rec. 1471/2005.

Sentencia del TC 3/2007.

Sentencia del TSJ del País Vasco de 30 de enero de 2007, rec. 2223/2006.

Sentencia EDJ 2008/335264 TSJ Cataluña Sala de lo Social, sec. 1ª, S 17-12-2008, nº 9493/2008, rec. 4681/2008.

Sentencia del TSJ de Murcia de 7 de enero de 2008, rec. 1355/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, Sala de lo Social, de 9 Mar. 2007, rec. 1128/2006.

Sentencia del TSJ de la Com. Valenciana de de 15 de enero de 2008, rec. 4292/2007.

Sentencia del TSJ de Madrid de 29 de febrero de 2008, rec. 339/2008.

Sentencia del TSJ de Madrid Tribunal Supremo, Sala Cuarta, de lo Social, de 5 Dic. 2008, rec. 2836/2007.

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 1516/209 de 20 de febrero (AS 2009/2016).

Sentencia del TSJ de Les Illes Balears, Sala de lo Social, de 30 Jun. 2009, rec. 243/2009.

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, Sala de lo Social, de 7 Oct. 2009, rec. 3674/2008.

Sentencia C-63/2008. de 29 de octubre de 2009, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

Sentencia del TSJ de Madrid, núm. 115/2010 de 22 de febrero (AS 2010/1431).

Sentencia del TS de 15 de septiembre de 2010 (RJ 2010, 7428).

Sentencia del TSJ de Cataluña, núm. 5947/2010 de 20 de septiembre (AS 2010/1930).

Sentencia TSJC 28/2010 de diciembre de 2010.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Sala Cuarta, Sentencia de 5 Mayo. 2011, rec. C-537/2009.

D) LEGISLACIÓN COLOMBIANA.

Código Civil Colombiano.

Ley 637 de 1944: Art. 166.

Ley 90 de 1946, de 26 de diciembre.

Ley 73 de 1966.

Decreto 722 de 1973 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Decreto 1045 de 1978 Gaceta del Congreso de la República de Colombia.

Ley 91 de 1989, art. 51.

Ley 50/1990: Art. 34.

Constitución Política de Colombia Art. 43.

Ley 100 de 1993.

Decreto 692/94 de 29 de marzo.

Decreto 1283 del 23 de julio de 1996.

Decreto 806 de 1998.

Decreto-ley 1567 de 1998.

Decreto 1804 de 1999 de 14 de septiembre.

Decreto 47/2000 de 19 de enero.

Ley 755 de 2002.

Ley 823 de 2003.

Ley 909 de 2004.

Ley 923 de 2004.

Decreto N°4433 de 2004.

Decreto 1227 de 2005.

Acto Legislativo número 01 de 2005 de 22 de julio.

Decreto 1607 de 2007.

Ley 1280 de 2009.

Ley 1468 de 30 de Junio de 2011.

Código Sustantivo del Trabajo. Art. 236.

E) LEGISLACIÓN ESPAÑOLA.

Código Civil Español.

Real Decreto Ley de 22 de marzo de 1929.

Ley 193 de 1963.

Ley 38/1966 de 31 de mayo.

Decreto 3158/66 de 23 de diciembre.

Ministerio de Trabajo, Orden de 13 de octubre de 1967 (BOE 4 noviembre 1967, núm. 264).

Decreto 2530/1970, de 20 de agosto.

Ley 41/1970 de 22 de diciembre.

Directiva 92/85.

Ley 26/1990 de 20 de diciembre.

Real Decreto 1/1994, de 20 de junio.

Ley 12/2001, de 09 de julio.

Ley 7/2007, de 12 de abril.

Ley 3/2007 de 15 de marzo.

Real Decreto 295/2009 de 6 de marzo.

Directiva 2010/41/CE.

Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio.

Ley 17/2012, de 27 de diciembre de 2013.

**F) CONVENIOS DE LA ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO
OIT.**

- C - 183. Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000. Convenio relativo a la revisión del Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado). 1952.
Fecha de adopción: Junio 5 de 2000.
- C - 103. Convenio sobre la protección de la maternidad (revisado), 1952. Convenio relativo a la protección de la maternidad (revisado en 1952) (Fecha de entrada en vigor: 07:09:1955. Este Convenio ha sido revisado en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: junio 28 de 1952. Sesión de la Conferencia: 35.
- C - 89. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1948. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres empleadas en la industria (revisado en 1948) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 27:02:1951.). Lugar: (San Francisco).
Fecha de adopción: julio 9 de 1948. Sesión de la Conferencia: 31.
- C - 45. Convenio sobre el trabajo subterráneo (mujeres), 1935. Convenio relativo al empleo de las mujeres en los trabajos subterráneos de toda clase de minas (Nota: Fecha de entrada en vigor: mayo 30 de 1937. Lugar: Ginebra. Fecha de adopción: junio 21 de 1935. Sesión de la Conferencia: 19.
- C - 41. Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (revisado en 1934) (Nota: Fecha de entrada en vigor: 22 de noviembre de 1936. Este Convenio ha sido revisado en 1948 por el Convenio número 89. En virtud de la entrada en vigor de este Convenio, el Convenio número 41 no está ya abierto a la ratificación.). Lugar: Ginebra.
Fecha de adopción: 19 de junio de 1934. Sesión de la Conferencia: 18.
- C - 4. Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919. Convenio relativo al trabajo nocturno de las mujeres (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921. Este Convenio ha sido revisado en 1934 por el Convenio número 41 y en 1948 por el Convenio número 89). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.

C - 3. Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. Convenio relativo al empleo de las mujeres antes y después del parto (Nota: Fecha de entrada en vigor: 13 de junio de 1921 . Este Convenio ha sido revisado en 1952 por el Convenio número 103 y en 2000 por el Convenio número 183). Lugar: Washington. Sesión de la Conferencia: 1.
Fecha de adopción: 28 de noviembre de 1919.

G) RECOMENDACIONES DE LA OIT.

- R - 191. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 2000. Recomendación relativa a la revisión de la anterior Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 88.
- R - 95. Recomendación sobre la Protección de la Maternidad, 1952.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 35.
- R 13 Recomendación sobre el Trabajo Nocturno de las Mujeres (Agricultura), 1921.
Lugar: Ginebra. Sesión de la Conferencia: 3.

H) INFORMES.

- OIT. INFORMES sobre protección a la maternidad.
- OIT. Oficina Internacional del Trabajo. Protección a la Maternidad. Artículo publicado en Trabajo, Revista de la Oficina Internacional del Trabajo (OIT) Ginebra, Suiza; No. 24, abril de 1998.
- OIT. Conferencia Internacional del Trabajo, “La Protección de la Maternidad en el Trabajo” 87ª Reunión, Informe V, Ginebra, 1999
- OIT “Igualdad de Género en el Corazón del Trabajo Decente” Revista núm. 65, Abril de 2009, Ginebra, 2009.

I) OTROS DOCUMENTOS INTERNACIONALES.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1948, artículo. 25, numeral. 2.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 1966, artículo 10 numeral 2.

J) RECURSOS ELECTRÓNICOS.

Adopción en España: www.adopcion.org

Biblioteca Virtual del Banco de la República de Colombia, “Luis Ángel Arango”,
web: www.banrepcultural.gov.co

Corte Suprema de Justicia Colombiana www.cortesuprema.gov.co

Enciclopedia web: www.es.wikipedia.org

Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, www.icbf.gov.co

Jurisprudencia Europea: www.laley.es

Jurisprudencia Europea: www.wetlaw.es

Ministerio de Empleo y Seguridad Social Español: www.seg-social.es

Ministerio de Salud y Protección Social de Colombia: www.minsalud.gov.co

Ministerio de Trabajo e inmigración, Web Oficial: <http://www.segsocial.es>

Organización Internacional del Trabajo OIT: www.ilo.org

Rama Judicial de Colombia: www.ramajudicial.gov.co

Real Academia de la Lengua Española: www.rae.es

Web Laboral: www.weblaboral.net