

LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA, EVOLUCIÓN Y  
CONFLICTOS NORMATIVOS.

Presentado por  
ANDRÉS RAFAEL ORTEGÓN SOTO

MONOGRAFIA.

Presentada como requisito para optar el título de abogado

Dirigida por  
JAIME ALONSO FORERO SIERRA.  
Asesor de monografía y docente.

UNIVERSIDAD AUTONOMA LATINOAMERICANA- UNAULA  
FACULTAD DE DERECHO  
Medellín  
2016

## TABLA DE CONTENIDO.

INTRODUCCION .....	5
CAPITULO 1. EVOLUCION NORMATIVA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA.....	8
1.1 La evolución legislativa de la licencia de maternidad antes de 1950. ....	8
1.1.1 Ley 129 de 1931 .....	9
1.1.2 Ley 53 de 1938 .....	10
1.1.3 Decreto 1632 de 1938.....	11
1.1.4 Ley 197 de 1938 .....	11
1.1.5 Decreto 1766 de 1939.....	12
1.1.6 Ley 6 de 1945 .....	12
1.1.7 Ley 90 de 1946 .....	12
1.2 El Código Sustantivo del Trabajo y la evolucion normativa despues de 1950 .....	13
1.2.1 Decreto 2663 de 1950.....	13
1.2.2 Decreto 3743 de 1950.....	14
1.2.3 Ley 73 de 1966 .....	15
1.2.4 Decreto 722 de 1973 .....	15
1.2.5 Decreto 770 de 1975 .....	16
1.2.6 Decreto 1045 de 1978.....	16
1.3 La reforma de 1990 y normatividad actual .....	18
1.3.1 Ley 50 de 1990 .....	18
1.3.2 Ley 100 de 1993 .....	19
1.3.3 Decreto 1938 de 1994.....	20
1.3.4 Decreto 806 de 1998 .....	22
1.3.5 Decreto 47 de 2000 .....	23
1.3.6 Ley 755 de 2002 .....	24

1.3.7 Ley 823 de 2003 .....	25
1.3.8 Ley 1468 de 2011 .....	26
CAPITULO 2. CONFLICTOS NORMATIVOS .....	28
2.1 La obligacion de haber cotizado con anterioridad a la solicitud de la licencia de maternidad .....	30
2.2 Las garantias fundamentales de la mujer en estado de gestacion y el trabajo informal.....	34
CAPITULO 3. ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES .....	38
3.1 Alcances y objetivos de la licencia de maternidad .....	39
3.2 Termino para la reclamacion de la licencia .....	41
3.3 Principio de estabilidad laboral reforzada .....	42
3.4 Pago completo o proporcional de la licencia de maternidad.....	44
3.5 La mujer en estado de gravidez y el contrato de prestacion de servicios ...	47
CAPITULO 4. ANALISIS COMPARATIVO DEL TRATAMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA Y ESPAÑA .....	48
4.1 La licencia de maternidad en España .....	49
4.2 Requisitos para el pago de la licencia de maternidad .....	50
4.3 La licencia de maternidad y la mujer no cotizante .....	53
CONCLUSION .....	54
BIBLIOGRAFIA .....	57

## OBJETIVOS

### GENERAL.

1. Analizar la evolución normativa de la Licencia de Maternidad en Colombia.

### ESPECÍFICOS

1. Identificar los conflictos que la materialización del derecho a la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas, tienen en la actualidad.
2. Identificar los aspectos jurisprudenciales relevantes de la Corte Constitucional y Corte Suprema de Justicia en relación con la licencia de maternidad.
3. Realizar un análisis comparativo del tratamiento de la licencia de maternidad en Colombia y España.

## INTRODUCCIÓN

En la sociedad actual la mujer ocupa un papel más participativo. En tanto que, hoy por hoy se ha involucrado profundamente en áreas antes impensables como las artes, la política, la economía, la educación, entre otras, ganando un espacio importante en el sistema productivo de cada país, y en ocasiones desplazando la mano de obra masculina. Pues, en el ámbito laboral ya existen cargos y funciones diseñadas específicamente para la mujer.

En Colombia, el proceso evolutivo en cuanto a la participación de la mujer en la esfera laboral y económica del país, ha sido lento y muy marcado por cuenta de las tendencias patriarcales y machistas arraigadas a nuestra cultura, que veían a la mujer como un ser ajeno al campo intelectual y productivo.

Por tal razón, las garantías y derechos de la mano de obra femenina, eran mínimas, por no decir ninguna. Sin embargo, hechos históricos como la **revolución industrial**<sup>1</sup>, los **movimientos feministas**<sup>2</sup>, entre muchos otros, dieron lugar a comprender la participación de la mujer en sociedad, no solamente en el rol de madre, hija, o esposa. Sino también, en el ámbito laboral y productivo, sobrepasando así las obligaciones, fronteras y responsabilidades del hogar.

La participación activa de la mujer en el ámbito económico, ha sido una conquista reiterada que ha dado lugar una serie de cambios en las legislaciones

---

<sup>1</sup> LA REVOLUCION INDUSTRIAL, El Rol De La Mujer.

<http://larevolucionindustrialmekhi.blogspot.com.co/2012/10/el-rol-de-la-mujer.html> consultado.

<sup>2</sup> Los movimientos feministas como motores del cambio social

<http://www.mujeresenred.net/spip.php?article135> consultado.

de cada país. Por cuanto, las garantías necesarias para la participación del sexo femenino en lo laboral requieren un trato especial.

Por ejemplo, el artículo 53 de nuestra Constitución expresa: ***“El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”***<sup>3</sup>.

En tal sentido, nuestra Carta Magna acoge un régimen especial en cuanto a la protección y garantías de la mujer en el ámbito laboral, que no solamente se expresa como el elemento de una estabilidad laboral reforzada durante su etapa de embarazo, sino, además como la protección especial requerida en los distintos roles que la mujer desempeña en sociedad. Siendo el principal, el rol de madre, y que por cuenta del mismo podría darse lugar a un despido injusto o aun actuar discriminatorio por parte del empleador.

Por tal razón, el artículo 43 inciso segundo expresa: ***“La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y***

---

<sup>3</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política arts. 53. (subrayado fuera de texto).

***después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”<sup>4</sup>.***

Así, nuestra Carta Política indicó un trato diferenciado para aquella mujer trabajadora, que adquiere el papel de madre y que por tanto la Carta Magna le brinda una especial protección. Se hace referencia entonces de manera puntual a la licencia de maternidad, como garantía constitucional que tiene la mujer durante y después de su gestación. Lo cual, al amparo de nuestra Constitución, conlleva la responsabilidad en cabeza del estado y los empleadores, de permitir a la madre hacer uso y goce del Derecho adquirido, además de los Derechos que le asisten al nacido.

Pretende la presente investigación, dar cuenta del aspecto evolutivo de la normatividad nacional en cuanto a la protección de la mujer en el ámbito laboral, haciendo énfasis en la licencia de maternidad plasmada como garantía Constitucional en la Carta Política de 1991, y la serie de conflictos normativos que en la actualidad se presentan como obstáculo para que la mujer haga uso efectivo de las garantías constitucionales que le asisten.

Además de lo anterior, se mencionarán aspectos jurisprudenciales relevantes expresados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema De Justicia en relación con la licencia de maternidad. De igual manera, se brindarán una serie de conclusiones acerca del tema de investigación.

---

<sup>4</sup> COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política arts. 43.

## 1. CAPITULO 1

### EVOLUCIÓN NORMATIVA DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA.

La evolución normativa en cuanto a las garantías laborales de la mujer en nuestro país, han surtido un proceso lento por aspectos culturales arraigados en nuestro territorio. Por tal razón, las conquistas legales obtenidas por las mujeres en relación con sus derechos han sido muy significativas. Para el estudio de las mismas dividiremos el desarrollo legal de la licencia de maternidad y demás derechos adquiridos, en tres periodos de tiempo.

El primero de ellos, comprende los cambios legislativos referentes a la licencia de maternidad antes del año de 1950, en segundo lugar, lo referente a la aparición del Código Sustantivo del Trabajo y demás actividad legislativa, hasta la reforma laboral de 1990, que además da inicio a un tercer periodo legislativo que abarca hasta la normatividad actual referente al tema de investigación.

#### **1.1 La evolución legislativa de la licencia de maternidad antes de 1950.**

El primer antecedente normativo referente a la evolución de la licencia de maternidad en Colombia, puede considerarse ***el convenio sobre la protección de la maternidad de 1919<sup>5</sup>***, el mismo trata temas referentes al empleo de las mujeres antes y después del parto, dicho convenio de la OIT fue adoptado por el gobierno de Colombia mediante ley 129 de 1931.

##### **1.1.1 Ley 129 de 1931.**

---

<sup>5</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3).  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003) consultado.



Está ley, en lo referente a los derechos de la mujer trabajadora en estado de gestación, acoge en su totalidad los lineamientos del convenio 03 de 1919 de la OIT, de tal forma que en su artículo 3 como licencia de maternidad indica la procedencia de un descanso en las seis semanas próximas al parto y las seis siguientes después de dar a luz, además de ello, pone en cabeza del estado la obligación de garantizar las prestaciones suficientes para la manutención del hijo y de ella en condiciones dignas.

***“(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”<sup>6</sup>.***

---

<sup>6</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3).  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003)  
consultado.

Así también, plasma un grado de estabilidad laboral reforzada, en cuanto indica la prohibición de despido por ausencia causada con motivos del embarazo o de enfermedad sobreviniente del mismo. De lo cual, el artículo 4 del convenio expresa: **“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”**<sup>7</sup>.

#### 1.1.2 Ley 53 de 1938.

Posteriormente, mediante la presente ley el Congreso de la Republica da su primer avance en relación con la protección de la maternidad, dicha norma consagra como Derechos de la mujer embarazada; **la licencia remunerada**<sup>8</sup> de 8 semanas, **la prohibición de despido**<sup>9</sup> de su trabajo por motivos del embarazo o la etapa de lactancia, el permiso de 15 a 20 minutos cada 3 horas en etapa de lactancia para alimentar al nacido y la **procedencia de la**

---

<sup>7</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3).

[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003) consultado.

<sup>8</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). Por la Cual Se protege la maternidad. Diario Oficial. N. 23764 Bogotá, DF. Artículo 1.

<sup>9</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). Por la Cual Se protege la maternidad. Diario Oficial. N. 23764 Bogotá, DF. Artículo 2.

**indemnización**<sup>10</sup> cuando la mujer sea despedida sin mediar justa causa, dentro de los tres meses anteriores o posteriores al parto. Así, además la **licencia remunerada**<sup>11</sup> de 2 semanas de incapacidad y hasta 4 semanas en caso de aborto o parto prematuro, mediando para ello certificado médico. Indica, además la norma en estudio que estas licencias empezarían a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.

### 1.1.3 Decreto 1632 de 1938

Si bien, las garantías de la ley 53 de 1938 recaía únicamente sobre empleadas del sector privado, ya que las trabajadoras del sector público se regían por una normatividad especial, el presente decreto dispuso extender lo referente a la licencia de maternidad a las empleadas del sector público.

***“Todas Las trabajadoras, ya sean obreras o empleadas de entidades públicas o particulares, que presten servicios o ejecuten un trabajo por cuenta de un patrono y mediante una remuneración, tienen derecho a la protección que establece para ellas la Ley 53 de 1938”***<sup>12</sup>.

### 1.1.4 Ley 197 de 1938.

Esta ley, reforma el artículo tercero de la ley 53 de 1938, indicando la procedencia de la **indemnización**<sup>13</sup> a que tiene derecho la mujer en embarazo

---

<sup>10</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). Por la Cual Se protege la maternidad. Diario Oficial. N. 23764 Bogotá, DF. Artículo 3.

<sup>11</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). Por la Cual Se protege la maternidad. Diario Oficial. N. 23764 Bogotá, DF. Artículo 5.

<sup>12</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1632 de 1938. (10, septiembre 1938). “Por el Cual Se reglamenta la ley 53 de 1938, que protege la maternidad”. Diario Oficial. N. 23884 Bogotá, DF. Artículo 1.

<sup>13</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 197 de 1938. (30, noviembre 1938). “Por la Cual Se reforman las leyes 178 y 162 de 1936”. Diario Oficial. Bogotá, DF.

si es despedida injustamente, indicando que le asiste dicho derecho durante toda la etapa del embarazo y tres meses después del parto, siempre que medie comprobante facultativo. Vale recordar, que el artículo reformado solamente permitía la solicitud de indemnización, si el despido se producía durante los tres meses anteriores o posteriores al parto.

#### **1.1.5 Decreto 1766 de 1939.**

En este decreto se dispuso que en el tiempo durante el cual la mujer estuviera en licencia de maternidad, su **remuneración**<sup>14</sup> se fijaría con base en el valor del jornal diario devengado en los 30 días anteriores a la fecha en la cual se concede la licencia, multiplicando la cifra que ese jornal diario represente, por el número de días de la licencia.

#### **1.1.6 Ley 6 de 1945.**

Es la primera ley en referirse al concepto de **prestaciones sociales**<sup>15</sup> de los trabajadores sin discriminar sexo, es importante con el tema de investigación, toda vez que abrió el camino para que surgieran nuevas legislaciones referentes a proteger y mejorar las condiciones laborales de los trabajadores.

#### **1.1.7 Ley 90 de 1946.**

Como se indicó anteriormente, la ley 6 de 1945 dio lugar a nuevas legislaciones concernientes a proteger y garantizar los derechos de los trabajadores, razón

---

<sup>14</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1766 de 1939. (05, septiembre 1939). “Por el Cual Se aclara el artículo 2 del decreto número 953 de 1939”. Diario Oficial. N. 24167 Bogotá, DF.

<sup>15</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6 de 1945. (19, febrero 1945). “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”. Diario Oficial. N. 25790 Bogotá, DF.

por la cual, mediante la presente ley el Congreso de la Republica creó el **Instituto colombiano de Seguros Sociales**<sup>16</sup> como ente público encargado garantizar el cumplimiento en las prestaciones sociales, entre las que se encuentra la licencia de maternidad, además de otras.

## **1.2 El Código Sustantivo del Trabajo y la evolucion normativa después de 1950.**

La evolución normativa referente a la licencia de maternidad y demás derechos adquiridos por la mujer, después del año de 1950 se encuentra marcada por la expedición del Código Sustantivo del Trabajo, dicha norma es la base conceptual y jurídica del andamiaje legal desarrollado en los años posteriores. Vale además recordar, que es el primer Código Laboral en el cual los Derechos y garantías legales de la mujer son reconocidos.

### **1.2.1 Decreto 2663 de 1950.**

El Código Sustantivo del Trabajo dispuso una especial protección a la maternidad, dentro de esta se encuentra el **descanso remunerado**<sup>17</sup> en época de parto, es decir, una licencia de maternidad de 12 semanas, pagadas de conformidad con el sueldo devengado al momento de salir a disfrutar de la licencia, **la prohibición de despido por motivo del embarazo o lactancia**<sup>18</sup>, o la exigencia de permiso especial para despedir por causa justa, una indemnización correspondiente al pago de 60 días laborados, además del pago de las doce semanas remuneradas a que tiene derecho, en caso no haber sido

---

<sup>16</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90 de 1946. (26, diciembre 1946). “Por la cual se establece el seguro obligatorio y se crea el instituto de seguros sociales”. Diario Oficial. N. 25790 Bogotá, DF.

<sup>17</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF. Artículo 236.

<sup>18</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF. Artículo 239.

autorizado el despido, igualmente; la **prohibición**<sup>19</sup> de emplear la fuerza laboral femenina en trabajos insalubres, peligrosos o que requieran grandes esfuerzos para las mujeres en estado de embarazo, por otra parte indico la obligación de los patronos con más de cincuenta trabajadoras, de fundar y sostener una **sala cuna**<sup>20</sup> para los hijos menores de dos años de las trabajadoras, incluyó además una licencia de descanso para la mujer con parto prematuro o aborto de 2 a 4 semanas remuneradas.

Como aspecto importante del presente decreto, se destaca la extensión de las garantías en relación con la mujer u hombre adoptante.

***“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”***<sup>21</sup>.

### **1.2.2 Decreto 3743 de 1950.**

El presente decreto tenía como fin introducir al Código Sustantivo del Trabajo una serie de modificaciones solicitadas por los gremios, las asociaciones patronales y de trabajadores, además de los conceptos emitidos por los especialistas del derecho laboral. En cuando a la protección de la mujer, el decreto ratifico en su totalidad lo plasmado en el decreto 2663 de 1950, no dispuso por lo tanto modificar o adherir normatividad alguna.

---

<sup>19</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF. Artículo 242.

<sup>20</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF. Artículo 245.

<sup>21</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF. Artículo 236.

### 1.2.3 Ley 73 de 1966.

Esta ley, instituye la obligación del patrono, de conceder a la trabajadora dos descansos cada uno de 30 minutos, dentro de la jornada laboral para amamantar a su hijo, sin que ello conlleve descuento alguno en el salario.

Además, plasma la obligación del patrono de conservar el empleo a la trabajadora que este disfrutando de algún descanso remunerado, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto, por tal razón, indica el artículo 8 numeral segundo, **“No producirá efecto alguno el despido que el patrono comunique a la trabajadora en tales periodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados”**<sup>22</sup>. Es decir, la presente ley además de garantizar el derecho a la licencia de maternidad, trata también un aspecto de estabilidad laboral reforzada para la mujer que se encuentre en dichas circunstancias.

### 1.2.4 Decreto 722 de 1973.

Este decreto, reconoce a las trabajadoras oficiales, los mismos descansos a que tienen derecho las empleadas del sector privado, indicados en el artículo 7 de la ley 73 de 1966, inclusive indica este decreto:

**“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.**

**Si el salario fuere variable, esta prestación se pagará con base en el salario promedio mensual devengado por las empleadas en el último año**

---

<sup>22</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 73 de 1966. (13, diciembre 1966). “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.”. Diario Oficial. N. 32112 Bogotá, DF.

**de servicios inmediatamente anterior a la licencia o en todo el tiempo servido, si fuere inferior a un (1) año.**

**b. Asistencial, que consiste en la prestación de servicios médicos, farmacéuticos, quirúrgicos, de laboratorio, obstétricos y hospitalarios a que hubiere lugar, sin limitación alguna”<sup>23</sup>.**

#### **1.2.5 Decreto 770 de 1975.**

Mediante el presente decreto, se aprobó el **acuerdo 536 de 1974**<sup>24</sup> del seguro social, en el cual se introdujeron dos modificaciones referentes a la protección de la maternidad:

1. Se otorgó a la compañera del trabajador afiliado la posibilidad de tener asistencia médica por maternidad en el seguro social.
2. Se dio competencia al Instituto del Seguro Social para la dirección, administración y vigilancia de los servicios y prestaciones establecidos contra los riesgos de enfermedad general y maternidad.

#### **1.2.6 Decreto 1045 de 1978.**

El presente decreto, expresa taxativamente los derechos reconocidos a los trabajadores, entre ellos la licencia de maternidad.

**“Artículo 5º.- De las prestaciones sociales. Sin perjuicio de lo dispuesto en normas especiales, los organismos a que se refiere el artículo 2 de este Decreto o las entidades de previsión, según el caso, reconocerán y pagarán las siguientes prestaciones sociales:**

---

<sup>23</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 722 de 1973. (16, abril 1973). “Por el cual se modifica el artículo 35 del Decreto 1848 de 1969”. Diario Oficial. N. 33868 Bogotá, DF.

<sup>24</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 770 de 1975. (30, abril 1975). “por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad”. Diario Oficial. N. 33868 Bogotá, DF.



- a) **Asistencia médica, obstétrica, farmacéutica, quirúrgica y hospitalaria;**
- b) **Servicio odontológico;**
- c) **Vacaciones;**
- d) **Prima de vacaciones;**
- e) **Prima de navidad;**
- f) **Auxilio por enfermedad;**
- g) **Indemnización por accidente de trabajo o enfermedad profesional;**
- h) **Auxilio de maternidad;**
- i) **Auxilio de cesantía;**
- j) **Pensión vitalicia de jubilación;**
- l) **Pensión de retiro por vejez;**
- m) **Auxilio funerario;**
- n) **Seguro por muerte**<sup>25</sup>.

Así, en relación con la licencia el presente decreto ordena el pago del auxilio de maternidad como prestación económica, establece igualmente, que el disfrute de la licencia de maternidad debe empezar por lo menos dos semanas antes del parto, y plasmando, como causa de la **perdida de la licencia de maternidad**<sup>26</sup>, la existencia de sentencia condenatoria contra la mujer por aborto, y si ya hubiere recibido el auxilio económico deberá reintegrarlo en su totalidad.

---

<sup>25</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). " Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional". Diario Oficial. N. 35035 Bogotá, DF.

<sup>26</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). " Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional". Diario Oficial. N. 35035 Bogotá, DF. Artículo 39.

### **1.3 La reforma de 1990 y la normatividad actual.**

La reforma del código sustantivo del trabajo y las nuevas leyes referentes a la licencia de maternidad después del año de 1990, componen una tercera etapa referente a la evolución normativa en Colombia, En donde se tocan aspectos acerca de la licencia de paternidad, el aumento de las semanas de descanso y otras garantías y derechos de la madre y del nacido.

#### **1.3.1 Ley 50 de 1990.**

Esta ley reforma aspectos muy importantes del código sustantivo del trabajo, entre ellos dispuso en su artículo 34.

***“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.***

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

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

***b) La indicación del día probable de 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”<sup>27</sup>.***

Dispuso el presente artículo de la ley 50 de 1990, una licencia de maternidad de 12 semanas pagadas con el salario devengado al momento de iniciar el disfrute

---

<sup>27</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DF. Artículo 34.

de la licencia, como aspecto relevante de la presente norma, evidenciamos la procedencia de una semana de descanso para el padre, es decir, la mujer podría disponer de **una de sus 12 semanas**<sup>28</sup> para obtener apoyo por parte de su pareja al momento del parto o en la fase inicial del mismo.

Además de lo anterior, reitera la presente ley la extensión de la garantía de la licencia de maternidad para la madre adoptante y para el padre adoptante sin conyugue o compañera permanente.

### **1.3.2 Ley 100 de 1993.**

Con la expedición de la ley 100 de 1993, se efectuó uno de los más importantes avances sociales, como fue la creación del Sistema de Seguridad Social, con el propósito de garantizar a través del mismo, el cubrimiento en el sector salud, a toda la población Colombiana, como también la protección a la mujer en estado de embarazo disponiendo una serie de garantías y tratamientos.

***“ARTICULO. 166.-Atención materno infantil. 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 posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia.***

***El plan obligatorio de salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencia, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos.***

***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***

---

<sup>28</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DF. Artículo 34.

***planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste***<sup>29</sup>.

### **1.3.3 Decreto 1938 de 1994.**

Este decreto tiene por objeto regular la prestación de los beneficios del servicio público en Salud, en todo el territorio nacional, obligando a todas las entidades públicas, privadas, mixtas o de economía solidaria debidamente autorizadas para participar en el Sistema, prestando uno o varios de los componentes del Plan de Beneficios de que trata este Decreto.

***El Plan de Beneficios***<sup>30</sup> 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

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 Salud.

Los seis subconjuntos del Plan de Beneficios son:

***Plan de Atención Básica en Salud. P.A. B***<sup>31</sup>. Es un plan de carácter gratuito prestado directamente por el Estado o por particulares mediante contrato con el

---

<sup>29</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. (23, diciembre 1993). "por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. 41148. Bogotá, DF.

<sup>30</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). " Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994." Diario Oficial. N. 41478 Bogotá, DF.

<sup>31</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). " Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en

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.

**Plan Obligatorio de Salud. P.O. S<sup>32</sup>.** 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 obligado a garantizar a sus afiliados toda Entidad Promotora de Salud autorizada para operar en el Sistema Plan Obligatorio.

**Régimen Subsidiado. P.O.S. S<sup>33</sup>.** 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 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. 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, que tomaría el nombre de Programa de Asistencia Materno Infantil P.A.M.I.

---

Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994.". Diario Oficial. N. 41478 Bogotá, DF. Artículo 3 literal A.

<sup>32</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). " Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994.". Diario Oficial. N. 41478 Bogotá, DF. Artículo 3 literal B.

<sup>33</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). " Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994.". Diario Oficial. N. 41478 Bogotá, DF. Artículo 3 literal C.

**Planes de Atención Complementaria en Salud. P.A.C. S<sup>34</sup>.** 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.

#### **1.3.4 Decreto 806 de 1998.**

Este decreto indica, la procedencia del pago de la licencia de maternidad por el empleador cuando el mismo se encuentre en mora de hacer los aportes que le corresponde, indica el artículo 80. ***“Pago de incapacidades y licencias. Cuando el empleador se encuentre en mora y se genere una incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad éste deberá cancelar su monto por todo el período de la misma y no habrá lugar a reconocimiento de los valores por parte del Sistema General de Seguridad Social ni de las Entidades Promotoras de Salud ni de las Adaptadas”***<sup>35</sup>.

Además de lo anterior, pone como requisito para el ***reconocimiento del pago***<sup>36</sup> de la licencia de maternidad, que la afiliada al sistema haya cotizado por un

---

<sup>34</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1938 de 1994. (05, agosto 1994). " Por el cual se reglamenta el plan de beneficios en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, de acuerdo con las recomendaciones del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, contenidas en el Acuerdo número 008 de 1994.". Diario Oficial. N. 41478 Bogotá, DF. Artículo 3 literal D.

<sup>35</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). " público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. N. 43291 Bogotá, DF.

<sup>36</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). " público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. N. 43291 Bogotá, DF. Artículo 63.

periodo igual al periodo de gestación, y permite en el sector publico la posibilidad del **pago anticipado**<sup>37</sup> de las cotizaciones correspondientes al periodo de la licencia de maternidad.

### **1.3.5 Decreto 47 de 2000.**

Este decreto, dispuso ratificar en su integridad lo referente al requisito de cotización durante todo el periodo de gestación plasmado en la ley 100 de 1993, para que la trabajadora pueda gozar de las prestaciones económicas derivadas de su licencia de maternidad. Indica el artículo 3 numerales 2:

***“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”***<sup>38</sup>.

Dispone como requisitos para el acceso a la prestación económica por maternidad, que la trabajadora cotizante debe estar afiliada en la fecha de inicio de la licencia por la empresa que realiza la solicitud. Además, en el periodo de cotización del mes en que inicia la licencia debe tener aportes por la empresa

---

<sup>37</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). " público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. N. 43291 Bogotá, DF. Artículo 70.

<sup>38</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. N. 43882 Bogotá, DF.

que solicita el reconocimiento y los aportes durante los nueve meses del período de gestación, a la fecha de inicio de la licencia deben estar completos e ininterrumpidos (30 días por cada mes). La trabajadora cotizante debe tener aporte durante todos los días de la licencia. La vigencia para el cobro de la licencia de maternidad es de un año a partir de la fecha de inicio de incapacidad, conforme al artículo 23 de la **resolución 2266 de 1998**<sup>39</sup>.

### **1.3.6 Ley 755 de 2002.**

Esta ley, también conocida como la ley María tiene como fin permitirle al padre del nacido, disfrutar de una licencia de 8 días, sin que ello signifique el descontarle una semana al tiempo de licencia que le asiste a la madre.

Como requisitos para la procedencia de la misma, la ley establece que el padre haya estado cotizando en las semanas anteriores al nacimiento de la criatura. Además, indica que el pago de la licencia será a cargo de la EPS, y que en caso de no cotizar la madre, siendo el padre quien cotiza, este último solo tendrá derecho a 4 días.

La ley al momento de su expedición contemplaba que: ***La licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia***<sup>40</sup>. Sin embargo, los apartes resaltados fueron declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-273 de 2003.

---

<sup>39</sup> INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES. Resolución 2266 de 1998. (06 de agosto de 1998). "Por la cual se reglamenta el proceso de expedición, reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas por incapacidades y Licencias de Maternidad en el Instituto de Seguros Sociales". Diario Oficial. N. 43362 Bogotá, DF.

<sup>40</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). "por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María." Diario Oficial. 44878. Bogotá, DF



Al igual que la exigencia de 100 semanas cotizadas con anterioridad al parto por parte del padre del naciente. **“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”<sup>41</sup>**. (Texto subrayado declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-663 de 2009).

### **1.3.7 Ley 823 de 2003.**

En el marco de la política institucional, se crea esta ley que pretende orientar las políticas y acciones por parte del Gobierno para garantizar la equidad y la igualdad de oportunidades de las mujeres, en los ámbitos público y privado.

Además, pretende garantizar la especial protección de la mujer en estado de embarazo y después del parto, aun cuando, la mujer no se encuentre inscrita a ningún régimen de salud.

**“Artículo 7º. Conforme a lo dispuesto por el artículo 43 de la Constitución, 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 seguridad social.**

**Dentro de los doce meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el Gobierno Nacional establecerá un programa de subsidio alimentario para la mujer embarazada que estuviere desempleada o desamparada”<sup>42</sup>.**

---

<sup>41</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). “por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.” Diario Oficial. 44878. Bogotá, DF.

<sup>42</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 823 de 2003. (07, julio 2003). “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Diario Oficial. 45245. Bogotá, DF.

Esta ley es de suma importancia porque desarrolla el artículo 43 de nuestra Constitución Política en cuanto expresa la garantía especial con que cuenta la mujer durante y después del parto, sin dar lugar alguno a discriminaciones o despidos injustos.

### **1.3.8 Ley 1468 de 2011.**

Esta ley amplía las 12 semanas de licencia de maternidad a 14 semanas, dando cumplimiento a los lineamientos de la OIT plasmados en el **convenio 103 de 1952**<sup>43</sup>, entre las novedades introducidas por esta ley, se evidencian tres:

La primera de ellas, es que la norma regula dos situaciones que no se encontraban en la normatividad anterior, y son:

El **parto prematuro**<sup>44</sup> y el parto múltiple, 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 ley en análisis.

La segunda, es que en **caso de fallecimiento**<sup>45</sup> de la madre antes de haber terminado la licencia de maternidad, el empleador del padre del nacido le concederá una licencia de igual duración al tiempo que faltare, hasta que expire el período de licencia concedido a la madre.

Como última novedad, la trabajadora tiene la obligación de disfrutar una de las dos semanas con anterioridad a la fecha probable de parto (**licencia de**

---

<sup>43</sup> INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c103 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1953. (núm. 103).  
[http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C103](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C103)  
consultado.

<sup>44</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. 48116. Bogotá, DF. Artículo 236. Numeral 5.

<sup>45</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. 48116. Bogotá, DF. Artículo 236. Numeral 6.

**maternidad preparto**<sup>46</sup>). Es importante resaltar, que se indica como novedad en tanto que ya se prescribe como una obligación, pues en la normatividad anterior era opcional.

Además de lo anterior, en cuanto al **parto múltiple**<sup>47</sup>, la norma en estudio indica que se concederán dieciséis semanas por licencia de maternidad.

Finalizando con ley 1468 de 2011, se esboza toda la normatividad colombiana referente a la licencia de maternidad y sus derechos conexos, partiendo desde la referida norma 53 de 1938, hemos podido estudiar la evolución normativa de este derecho que le asiste a la mujer gestante, seguidamente en el capítulo dos nos referiremos a la normatividad actual, que regula la aplicación de la licencia de maternidad, la serie de garantías constitucionales plasmadas por el Constituyente de 1991, y los conflictos normativos que actualmente afectan la aplicación debida de dicha garantía constitucional.

---

<sup>46</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. 48116. Bogotá, DF. Artículo 236. Numeral 7 Literal A.

<sup>47</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. 48116. Bogotá, DF. Artículo 239 numeral 4.

## 2. CAPITULO 2

### CONFLICTOS NORMATIVOS.

El tratamiento normativo de la licencia de maternidad en Colombia, se ha efectuado durante la vigencia de dos Constituciones. La primera de ellas, **la Carta Política de 1886<sup>48</sup>**, en la cual los derechos de la mujer no se incluyeron. Por tal razón, los avances normativos que se dieron durante su vigencia, se produjeron por medio de actividad legislativa y la ratificación de tratados internacionales (OIT).

---

<sup>48</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1886. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0> Consultado.

La segunda Carta Política, dentro de la cual la evolución de la licencia de maternidad se ha efectuado es la **Constitución de 1991**<sup>49</sup>. En donde el constituyente decidió dar estatus Constitucional a los derechos de la mujer. Expresándolo en los siguientes artículos:

***“ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”***<sup>50</sup>.

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

***Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad”***<sup>51</sup>.

---

<sup>49</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

<sup>50</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

<sup>51</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> Consultado.

En tal sentido, los derechos constitucionales que le asisten la mujer, juegan un papel importante dentro su actividad laboral y económica, ya que, por su condición fisiológica, son estas garantías constitucionales las que le permiten desarrollarse en un ambiente de igualdad, justo y equitativo. Y más, cuando su condición de mujer gestante, ha dado lugar a su marginación del mercado laboral y acceso al trabajo.

Así, la Constitución Política brinda las garantías a la mujer trabajadora para que no sea víctima de tratos discriminatorios por cuenta de su etapa de gestación. Sin embargo, la normatividad desarrollada por el legislador en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales. ha dado lugar, a que se obstaculice la materialización de los derechos constitucionales que le asisten a la mujer.

De lo anterior, procederemos a exponer algunos conflictos normativos que, en la legislación laboral actual, afectan el ejercicio y goce de los derechos constitucionalmente reconocidos a la mujer trabajadora en su etapa de gestación.

### **2.1 La obligación de haber cotizado con anterioridad a la solicitud de la licencia de maternidad.**

Si bien, la Constitución Política en sus artículos no plasma algún tipo de requisito previo para el goce de la licencia de maternidad y el auxilio económico que la misma conlleva, y en tal sentido, nuestra Carta Política insta al gobierno nacional a velar por las garantías que le asisten a la mujer en estado de embarazo y por consiguiente los derechos que como madre tiene.

***“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”<sup>52</sup>.***

---

<sup>52</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

Así mismo, en el área laboral establece la Constitución la especial protección a la mujer y a la maternidad como **principio fundamental**<sup>53</sup> del Derecho Laboral. Por tal razón, es del sentido de nuestra Carta Política el permitir un acceso directo al ejercicio y goce de dichas garantías constitucionales.

Sin embargo, el legislador, en uso de sus facultades legales, prescribió como condición para lo obtención del Derecho Constitucionalmente reconocido, el que la mujer haya cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación.

***“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”<sup>54</sup>.***

Es decir, impone la norma el cumplimiento de un requisito para materialización de un derecho reconocido constitucionalmente. Así, indica la norma que en tanto no se cumpla con dicho requisito, concierte al empleador el pago de la respectiva prestación económica.

***“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***

---

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 43 Consultado.

<sup>53</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 53. Consultado.

<sup>54</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. N. 43882 Bogotá, DF. Artículo 3.

***evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud***<sup>55</sup>.

Lo cual, sin duda alguna solo ha generado la violación del derecho deprecado, por cuanto la mujer gestante tiene que acudir a vías judiciales como la tutela, el derecho de petición para reclamar una garantía constitucional que no requiere ningún tipo de tramitología o cumplimiento de requisitos previos impuestos por el Constituyente. Es, además importante resaltar que, por la condición de la mujer en estado de gestación, la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas representan una asistencia de suma importancia, de carácter esencial o en palabras de la Corte:

***“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***<sup>56</sup>.

En igual sentido, se refiere el decreto 1804 de 1999, que dispone el cumplimiento de unos requisitos para el reconocimiento de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad en cuanto a los empleadores y trabajadoras independientes, indica el citado decreto en su artículo 21.

---

<sup>55</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. N. 43882 Bogotá, DF. Artículo 3 numeral 2.

<sup>56</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.



***“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”<sup>57</sup>.***

Impone el citado decreto, el pago de los aportes por lo menos de 4 meses de los 6 anteriores a la fecha en que se causa el derecho de la mujer gestante. Si bien, el referido artículo disminuye el porcentaje de meses en que deben pagarse los aportes para poder beneficiarse, de la prestación económica, impone el cumplimiento de una condición para la materialización de un derecho constitucional.

De igual forma, se refiere el mismo artículo en relación con los empleadores, a los cuales además se les requiere haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de la solicitud. Esto, como requisito para solicitar el reembolso o el pago por incapacidad por enfermedad general o por licencia de maternidad. Lo cual, a todas luces es carece de sustento constitucional por cuanto el Constituyente de 1991, no indico la exigencia de algún tipo de condición para el reconocimiento de la prestación.

---

<sup>57</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1804 de 1999. (14, septiembre 1999). " Por el cual se expiden normas sobre el régimen subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. N. 43708 Bogotá, DF.

Lo cierto de todo lo anterior, es que dichas condiciones impuestas por el legislador le están cuartando el derecho a la mujer embarazada de recibir las garantías de que trata el artículo 43 de la Constitución en cuanto esa asistencia especial y protección que brinda la Carta Política, se ve condicionada por cuenta de unos requisitos legales mas no Constitucionales impuestos por la norma en mención, máxime cuando la mujer se encuentre desempleada o desamparada. Por tal razón, el accionar de la vía judicial se expresa como el único medio para lograr que los Jueces Constitucionales mediante sus providencias otorguen un derecho que por sí solo no genera ningún tipo de tramitología, y menos el desgaste del aparato judicial.

## **2.2 Las garantías fundamentales de la mujer en estado de gestación y el trabajo informal.**

Como se indicó anteriormente, en la Carta Política de 1991 el Constituyente dispuso elevar a rango de derecho constitucional las garantías que le asisten a la mujer en sus actividades económicas. En ese orden de ideas, los artículos referidos a las garantías laborales de nuestra Carta Política le son aplicables a la mujer trabajadora sin discriminación alguna, máxime cuando el ya mencionado artículo 43 de la Carta indica.

***“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”<sup>58</sup>.***

---

<sup>58</sup>COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

Si bien es cierto que nuestra normatividad actual a impuesto como condición para la materialización de las garantías constitucionales en el área laboral; que la actividad económica realizada se encuentre formalizada. Es decir, que cumpla con los requisitos de ley y con las responsabilidades tributarias generadas por la actividad económica desarrollada, en tanto le corresponden al empleador, o de ser desarrolladas de forma independiente, requiere también el pago de las cotizaciones y demás requisitos de ley para su reconocimiento y pago.

Tal condición ha causado que el acceso a los beneficios estatales se encuentre vedado para quienes desarrollan su actividad laboral fuera del control del Estado, ya que no cumplen sus responsabilidades como contribuyentes o cotizantes. No obstante, las garantías constitucionales reconocidas en la Carta Política no pueden ser omitidas con fundamento en la informalización de la actividad, pues no constituye un delito el carecer de los medios económicos suficientes y necesarios para cumplir con sus obligaciones (cotizar).

Además, que de aceptar la parcialización de las garantías constitucionales en favor de aquellas mujeres que cuentan con un trabajo formal y que por lo tanto les es posible cotizar al sistema de seguridad social con los beneficios que ello conlleva, sería dar al traste como el estado social de derecho reconocido en el artículo primero de nuestra Constitución que además impone como fines esenciales del estado.

***“ARTICULO 2. son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución”<sup>59</sup>.***

---

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125> artículo 43 Consultado

<sup>59</sup>COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.

<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Indicando además, ***“El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados”***<sup>60</sup>.

Lo anterior, por cuanto es una realidad palpable en nuestro país que muchas mujeres en estado de gestación no cuentan con un trabajo formal y mucho menos con la capacidad de hacer sus aportes al sistema de seguridad social. Sin que lo anterior, signifique que no desarrollen una actividad económica de la cual subsistan y que a la luz del artículo 25 de nuestra Constitución se reconozca como una actividad laboral protegida por el Constituyente.

***“El trabajo es un derecho y una obligación social y goza, en todas sus modalidades, de la especial protección del Estado. Toda persona tiene derecho a un trabajo en condiciones dignas y justas”***<sup>61</sup>.

Es decir, las garantías reconocidas en el área laboral no imponen al beneficiario el cumplimiento de formalidad alguna. Máxime cuando, no solo se encuentran en juego los derechos de esa madre gestante. Sino también, los que le asisten al naciente que, a la luz de la Carta Magna, encuentran una superioridad jerárquica en tanto que prevalecen por encima de los derechos de los demás ciudadanos.

***“Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica***

---

<sup>60</sup>COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 13.

<sup>61</sup>COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

***y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.***

***La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores.***

***Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás***<sup>62</sup>.

De lo anterior, la importancia del reconocimiento de las garantías fundamentales que le asisten a la mujer trabajadora aun cuando no se encuentre afiliada al sistema de seguridad social. Si bien el mismo el artículo 43, indica una especial protección por parte del estado, recibiendo de este un subsidio alimentario en caso de encontrarse desempleada o desamparada.

Es evidente, que las necesidades básicas de un naciente no se resumen en un factor alimenticio, al igual que las necesidades de la madre que por el desgaste físico, requiere un estado de reposo constante para poder recuperar sus fuerzas y dar la atención necesaria al nacido. En tal sentido como bien lo dice la Corte Constitucional, ***“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***<sup>63</sup>.

---

<sup>62</sup> COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 44.

<sup>63</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

Es decir, la especial asistencia y protección que reza el artículo 43 de nuestra Constitución Política, no debería resumirse a un simple subsidio a alimentario, pues las necesidades de la madre se expresan en un ámbito también de carácter económico. Y en tanto, esa ayuda es esencial para su recuperación física y anímica. Vale, además recordar que por mandato de la Constitución le asiste a todo colombiano el derecho constitucional a la seguridad social.

***“Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley”<sup>64</sup>.*** Y, por tanto, las garantías que este derecho conlleva y le son conexas, deben ser aplicables aun si la madre gestante no cuenta con los medios para cotizar al sistema.

---

<sup>64</sup>COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente.  
<http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>. Artículo 48.

### 3. CAPITULO 3

#### ASPECTOS JURISPRUDENCIALES RELEVANTES.

El desarrollo de la licencia de maternidad en Colombia ha sido un tema de suma importancia en las Altas Cortes, debido a que entre dicha licencia y los derechos fundamentales existe una relación directa, que la Corte Constitucional por medio de sus fallos y desarrollo jurisprudencial ha venido tutelando.

Dicho tema, también ha sido del estudio de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que concierne a este Alto Tribunal dirimir y conocer de todo lo referente a la justicia ordinaria, incluyendo, los conflictos en las relaciones laborales.

Si bien, la normatividad antes citada compone todo el andamiaje legal referente al reconocimiento y aplicación de la licencia de maternidad, los aportes hechos por estos Altos Tribunales son de suma importancia, debido a que desarrollan la interpretación de las garantías fundamentales relacionadas con dicha licencia y aclaran la procedencia de la normatividad vigente en aras de evitar violaciones

y desconocimientos de los postulados constitucionales acerca de los derechos de la mujer en estado de embarazo.

Por lo expuesto anteriormente, se expondrán algunos aspectos relevantes desarrollados por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia en lo referente a los Derechos Fundamentales y la aplicación de la licencia de maternidad.

### **3.1 Alcances y objetivos de la licencia de maternidad.**

En estudio de la Corte Constitucional, la licencia de maternidad compone una serie de garantías que en sí mismas se encuentran conexas con otros Derechos Fundamentales, Por tal razón, ha reconocido la Corte que su alcance va más allá de un simple factor económico, pues dicha licencia comprende en sí misma un derecho fundamental. Expresa el Alto Tribunal:

***“la Corte Constitucional ha sido enfática en definir la licencia de maternidad como un elemento idóneo para salvaguardar derechos fundamentales de la madre y del neonato, pues se trata de una protección especial conferida a las mujeres durante la etapa de la maternidad para que puedan recuperarse del esfuerzo físico y psicológico que acarrea el proceso de gravidez y de parto, así como para que puedan brindarles el cuidado necesario a sus hijos recién nacidos. En este orden de ideas, tal prestación es inescindible de derechos tales como la vida digna, el mínimo vital y la salud de la madre y el recién nacido. Por esto, los mismos imperativos supra legales aplicables en el territorio colombiano y las leyes que los desarrollan no desconocen la importancia de la licencia de maternidad y no pueden ser interpretados de forma contraria.***

***En conclusión, aun cuando para acceder a la prestación económica correspondiente a la licencia de maternidad sea necesario cumplir determinados requisitos previamente establecidos, el pago de tal***



***prestación configura un derecho fundamental, siendo así susceptible de protección por vía de acción de tutela”<sup>65</sup>.***

En tal sentido, indica el Alto Tribunal, que el reconocimiento de la licencia de maternidad comprende la garantía de los derechos fundamentales del recién nacido, y que por tal razón, al amparo de la Carta Política gozan de especial protección por parte del estado y los Tratados Internacionales ratificados por Colombia, es decir, su reconocimiento comprende un estatus de Constitucional.

***“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”<sup>66</sup>.***

Es además importante mencionar, que el objetivo primordial de la licencia de maternidad para la Corte, no se enmarca en el simple pago de una prestación económica, sino, la salvaguarda de los derechos del nacido y de su madre, que de igual manera comprende el tiempo prudencial para garantizar la

---

<sup>65</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1167 de 2008. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente T- T-2.032.170, T-2.032.600, T-2.043.752, T-2.043.857, T-2.044.136 y T-2.046.681.

<sup>66</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

recuperación física y emocional requerido por la madre para poder brindarle los cuidados necesarios al recién nacido.

### **3.2 Término para la reclamación de la licencia.**

Ha indicado la Corte Constitucional, en cuanto a la procedencia de la tutela como medio excepcional para solicitar la protección, de los derechos fundamentales implicados con la licencia de maternidad y las prestaciones económicas, que la regla general es su improcedencia, sin embargo, por los Derechos Constitucionales impetrados en la solicitud es factible acudir al amparo constitucional. **“La regla general indica que la acción de tutela no procede para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad; no obstante, se ha definido que excepcionalmente el amparo procede para proteger derechos fundamentales como el mínimo vital. Así conforme a la jurisprudencia constitucional”<sup>67</sup>**. Por tal razón, indica la Corte, que el trámite de reclamación por vía judicial debe surtirse dentro del año siguiente al parto.

**“Para que la acción de tutela proceda en el caso de reclamar licencias de maternidad, la solicitud de protección debe presentarse en el término del año siguiente, contado a partir del nacimiento de la niña o el niño”<sup>68</sup>**. Vale recordar, que la acción de tutela es un medio excepcional que busca la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando estos se vean vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad.

Así las cosas, el termino impuesto vía jurisprudencia por la Corte, pretende evitar dilaciones injustificadas y dar a la madre la posibilidad de solicitar el

---

<sup>67</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.

<sup>68</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.

amparo Constitucional cuando evidencie la vulneración de sus Derechos durante su gestación o lactancia.

### **3.3 Principio de estabilidad laboral reforzada.**

Para la Corte, la especial protección de que habla el artículo 43 de nuestra Constitución, no solamente se expresa en la protección de las garantías de la mujer, sino también, en evitar tratos discriminatorios por parte del empleador que tengan como fundamento su estado de embarazo o de lactancia. Por tal razón, en cumplimiento de los principios cardinales de nuestra Carta Política y de los tratados internacionales firmados y ratificados por Colombia, afirma la Corte.

***“la protección de la mujer embarazada o lactante de la discriminación en el ámbito del trabajo, habitualmente conocida como fuero de maternidad. El fin de la protección en este caso es impedir la discriminación constituida por el despido, la terminación o la no renovación del contrato por causa o con ocasión del embarazo o la lactancia”<sup>69</sup>.***

En tal sentido, la Corte ha considerado además que la protección por fuero de maternidad, no solamente garantiza la estabilidad laboral durante la gestación, sino que la misma debe entenderse durante el periodo de lactancia, ***“la protección reforzada de la mujer embarazada, estaría incompleta si no abarcara también la protección de la maternidad, es decir, la protección a la mujer que ya ha culminado el período de gestación y ha dado a luz”<sup>70</sup>.***

---

<sup>69</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

<sup>70</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

Toda vez que la protección especial que busca tutelar la Corte, pretende además evitar despidos injustos, la terminación del contrato o la no renovación del mismo con motivo del embarazo o la etapa de lactancia.

Es por ello que indica el alto tribunal, **“Si el empleador acude ante el inspector del trabajo y este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores. Si el inspector del trabajo determina que no subsisten las causas, se podrá dar por terminado el contrato y deberán pagarse las cotizaciones que garanticen el pago de la licencia de maternidad”<sup>71</sup>.**

Es decir, la procedencia de la estabilidad laboral se extiende hasta los tres meses siguientes al parto, siempre y cuando no medie justa causa evidenciada por el inspector del trabajo que diera lugar a un despido. Sin embargo, de presentarse dicha circunstancia se deben garantizar los pagos de las cotizaciones que aseguren la prestación económica de la licencia de maternidad.

En igual sentido se ha referido la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia que, en caso de mediar justa causa, como la terminación del contrato solamente corresponde al empleador garantizar el pago de las cotizaciones necesarias para el reconocimiento de la licencia de maternidad, sin que ello signifique una renovación del contrato, a menos que los motivos que dieron lugar a la unión contractual de las partes subsista.

### **3.4 Pago completo o proporcional de la licencia de maternidad.**

**“la Corte ha determinado que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera**

---

<sup>71</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

**total o proporcional, esto, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema. De esta manera, existen dos hipótesis que el juez de tutela debe considerar al momento de ordenar el pago:**

- (i) si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa,**
- (ii) si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó<sup>72</sup>.**

Ahora bien, el decreto 047 de 2000 a determinado como requisito el pago oportuno e ininterrumpido de las cotizaciones durante todo el periodo de gestación, y en tal sentido, se ha interpretado que el incumplimiento de dicho deber da lugar al no pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad.

La Corte ante dicho tópico, ha determinado que el andamiaje constitucional no permite la interpretación mecánica y desmedida de dichas obligaciones, por tanto, excepcionalmente aun con la falta del cumplimiento de dicho requisito, se debe dar lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas. Lo anterior toda vez que:

***“la Corte ha señalado en varias oportunidades que en relación con el alcance que se le debe dar al artículo 63 del decreto 806 de 1998 y al mismo artículo 3 del Decreto 047 de 2000, se ha considerado que dichas disposiciones imponen “un requisito que hace nugatorio el derecho de la mujer a que se le reconozca la prestación económica derivada la licencia de maternidad, hecho que en sí mismo haría necesaria su inaplicación, a los casos en revisión, por desconocer los derechos que la Constitución y***

---

<sup>72</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-092 de 2016. M.P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Expediente T-5.123.820, T-5.184.324 y T-5.189.266.

***los tratados internacionales han consagrado en cabeza de la mujer parturienta y el recién nacido***<sup>73</sup>.

Por tanto, ha indicado la Corte que el requisito plasmado en la norma citada no procede de forma mecánica, pues hacerlo de tal forma violaría principios y derechos constitucionales. Además de ello, la respuesta negativa a la solicitud del pago de las prestaciones económicas por cuenta de las entidades prestadoras de salud E.P.S, no puede tener como fundamento el pago extemporáneo de las cotizaciones, pues mal harían dichas entidades si al no haber manifestado su inconformidad con el pago extemporáneo, lo hacen frente a la solicitud del pago de las prestaciones económicas y el reconocimiento de la licencia de maternidad a su cargo. Por tal razón, al no manifestar su inconformidad al momento debido se entiende que existe un allanamiento a la mora.

***Entonces. “... La Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud no está facultada para denegar el reconocimiento de una licencia de maternidad con fundamento en el pago de manera interrumpida o extemporánea de las cotizaciones de la afiliada, toda vez que prevalecen las cláusulas constitucionales de protección a las mujeres y a los niños, a las que están sujetas no solamente las autoridades públicas sino también los particulares, en este caso las E.P.S. y, en consecuencia, si la entidad persiste en denegar el reconocimiento de las licencias y con ello afecta los derechos fundamentales, le corresponderá al juez constitucional en cada situación, garantizar la vigencia de los derechos fundamentales de las personas a través de sus pronunciamientos***<sup>74</sup>.

---

<sup>73</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T- T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

<sup>74</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1168 de 2005. M.P.: Dr. Álvaro

Por ello, la Corte ha reconocido el pago de la licencia de maternidad aun cuando la solicitante no cuente con los requisitos impuestos por la norma antes citada. Sin embargo, el mismo Tribunal ha reconocido que el pago no se debe hacer en su totalidad, pues ello constituiría un desequilibrio a la balanza económica del sistema de seguridad social, según esto, debe ser un pago proporcional al número de semanas cotizadas durante el periodo de gestación. Pero, si la falta de cotización es menor a dos meses, ha indicado la corte que procede el pago total de la prestación, pues no constituye un desbalance significativo al sistema de seguridad social.

Además de lo anterior, la Corte a determinado la procedencia del cien por ciento del pago de la licencia de maternidad, cuando la solicitante es cabeza de familia pues por su condición le asiste una doble garantía constitucional, y aun no contando con las semanas de cotización exigidas, se le debe reconocer la prestación económica en garantía de sus Derechos y los del menor.

***“en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”<sup>75</sup>.***

### **3.5 La mujer en estado de gravidez y el contrato de prestación de servicios.**

---

Tafur Galvis.

<sup>75</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T- T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.

En cuanto a las distintas modalidades de vinculación al Estado, en especial la contractual, permitidas por la ley colombiana, el Alto Tribunal ha determinado que las garantías que le asisten a la mujer en sus actividades económicas, no pueden verse menoscabadas por cuenta del contrato de prestación de servicios.

Así ha indicado la Corte, que la terminación contractual facultativa en cabeza del empleador por cuenta de los contratos de obra labor, prestación de servicios o término fijo, no es ilimitada, En tanto dicha facultad puede dar pie a la vulneración o desconocimiento de Principios Constitucionales. Por tanto, ***“ha dicho la Corte Constitucional que la protección de estabilidad laboral reforzada a favor de las mujeres trabajadoras en estado de gravidez se extiende también a las mujeres vinculadas por modalidades distintas a la relación de trabajo, e incluso por contratos de trabajo o prestación a término fijo”***<sup>76</sup>.

Por ello, en sentido del Alto Tribunal la estabilidad laboral reforzada derivada de la maternidad, procede aun ante la cesación de la relación laboral, cuando se evidencie la subsistencia de las causas objetivas que dieron lugar a la relación, siendo competente el inspector del trabajo para determinar dicha subsistencia, y en caso de determinar el funcionario la no existencia de dichas causas solo corresponderá al empleador el pago de las cotizaciones pertinentes que garanticen el derecho a la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas.

En caso contrario, indica la corte, ***“la renovación sólo sería procedente si se demuestra que las causas del contrato laboral a término fijo no desaparecen, lo cual se puede hacer en sede de tutela”***<sup>77</sup>.

---

<sup>76</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.

<sup>77</sup> COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.



De lo anterior, que si el empleador pretende desvincular a la mujer en estado de gestación por cuando el contrato ya se encuentra próximo a vencerse, deberá acudir antes del vencimiento del contrato al inspector del trabajo, para que este determine la subsistencia de la causa que dio origen al contrato, y si este determina que subsisten las causas del contrato, deberá extenderlo por lo menos durante el periodo del embarazo y los tres meses posteriores.

#### 4. CAPITULO 4. ANALISIS COMPARATIVO DEL TRATAMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN COLOMBIA Y ESPAÑA.

Las garantías legales, reconocidas a la mujer en estado de gestación presentan unas características relevantes en estas dos legislaciones. Que si bien, no son contrarias ni antagónicas, el tratamiento proteccionista con relación a la mujer y sus derechos, diverge significativamente como lo podremos evidenciar en los siguientes acápite.

Por lo anterior, se pretende en este capítulo dar cuenta de los aspectos relevantes en relación con la licencia de maternidad en Colombia y España. Por lo cual, no será de un estudio riguroso la legislación española en cuanto a todos sus componentes, solamente se limitará el desarrollo a los puntos que en el presente escrito se mencionan.

##### **4.1 La licencia de maternidad en España.**

Aunque la licencia de maternidad no se encuentra plasmada en la **Constitución Española**<sup>78</sup>. Sin embargo, en cumplimiento de los postulados de **artículo 39**<sup>79</sup> referentes a la protección a la familia, aparece implícito el reconocimiento de dicha licencia.

En tal sentido, sea reconocido que el objetivo principal de la licencia de maternidad, es la protección a la familia en los ámbitos jurídicos, sociales y económicos, y que dicha finalidad de la licencia se cumple por medio de dos postulados principales.

1. La conservación del trabajo de la mujer durante su etapa de lactancia, por el nacimiento de su hijo, en dicho sentido se hace referencia a una protección de carácter jurídico.
2. El reconocimiento y pago de las prestaciones de Seguridad Social, durante dicho periodo de tiempo que dure la lactancia. Se brinda así, una protección de carácter social y económico.

De lo anterior, se evidencia un enfoque sustancialmente distinto, en relación con la legislación colombiana, donde si bien se protege constitucionalmente los derechos que le asisten a la madre gestante, no se evidencia como fuente de dicha garantía un aspecto familiar. En tanto, se pretende proteger un factor netamente económico en relación con la actividad laboral de la madre. Si bien, la Corte Constitucional en actual jurisprudencia ha reconocido la relación directa de los derechos del naciente, no por ello la garantía tutelable para exigir la licencia de maternidad es la familia.

---

<sup>78</sup> CONSTITUCION ESPAÑOLA.  
<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>. Consultado.

<sup>79</sup> CONSTITUCION ESPAÑOLA.  
<http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html>.  
Artículo 39 Consultado.

La connotación de la licencia de maternidad en el ámbito laboral español, ha acogido con el mayor rigor posible los postulados constitucionales de dicho país en tanto la normatividad vigente protege de forma especial a la mujer gestante en sus actividades laborales, y tiene como intereses jurídicos prioritarios la protección a la madre trabajadora y el cuidado del recién nacido.

De lo anterior que la **Ley 3 De 1989**<sup>80</sup> con fundamento en las directrices de la **Organización Mundial De La Salud**<sup>81</sup>, haya incrementado de 14 a 16 semanas el descanso remunerado por maternidad, En tanto, la adecuada protección de la madre y los cuidados del recién nacido así lo requerían.

***“en el supuesto de parto, la trabajadora tendrá derecho a un permiso de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables por parte múltiple hasta dieciocho semanas”***<sup>82</sup>.

Lo anterior, compone una diferencia importante con la legislación colombiana pues en nuestro país la normatividad apenas ha reconocido un descanso remunerado de 14 semanas y la prestación económica que garantiza puede llegar a ser proporcional como se evidencio anteriormente. Realidad que no vislumbra el andamiaje normativo español.

#### **4.2 Requisitos para el pago de la licencia de maternidad.**

Uno de los aspectos más relevantes, en relación con el tratamiento de la licencia de maternidad en España, lo compone el **Sistema Social de**

---

<sup>80</sup> JEFATURA DE ESTADO. Ley 3/1989, 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 trato de la mujer en el trabajo”. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Laboral/I3-1989.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/I3-1989.html)

<sup>81</sup> Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/es/> consultado.

<sup>82</sup> JEFATURA DE ESTADO. Ley 3/1989, 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 trato de la mujer en el trabajo”. [http://noticias.juridicas.com/base\\_datos/Laboral/I3-1989.html](http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/I3-1989.html)

**Protección**<sup>83</sup>. Donde si bien, existe unos requisitos para lograr el reconocimiento de las prestaciones económicas de la licencia. A mi modo de ver, los mismos no cercenan las garantías constitucionales que le asisten a la mujer gestante. Además, se evidencia un tratamiento protector diferenciado, en tanto no todas las mujeres de dicho país cumplen los requisitos exigidos por la normatividad, para gozar de las prestaciones económicas de la licencia.

Indica el Sistema Social De Protección Español. ***“Prestaciones/licencia por maternidad***

***Mediante la prestación de riesgo durante el embarazo, se protege el periodo de suspensión del contrato de trabajo cuando la mujer trabajadora debe cambiar de puesto de trabajo (o cesar en su actividad por cuenta propia) por influir las condiciones de éste negativamente en su estado de salud, o en el del feto, y este cambio no resulte posible en su empresa.***

***La prestación de riesgo durante la lactancia se abona a las trabajadoras que están en período de lactancia y no pueden continuar su ocupación habitual.***

***Las prestaciones de maternidad se abonan a las trabajadoras que tengan derecho a la licencia por maternidad contemplada en la legislación laboral en los casos de parto, adopción o acogimiento de un niño.***

***Para poder percibir el subsidio por maternidad de naturaleza contributiva o el subsidio por paternidad, la persona debe haber cotizado, como mínimo:***

- ***180 días durante los 7 años inmediatamente anteriores al nacimiento del niño (o en caso de adopción o acogida familiar, inmediatamente anteriores a la fecha de la decisión administrativa/judicial) o***

---

<sup>83</sup> European Commission. Social protection systems – MISSOC.  
<http://ec.europa.eu/social/main.jsp?langId=en&catId=815>. Consultado.

- **360 días durante la totalidad de la vida laboral. La situación de los trabajadores menores de 26 años de edad está regulada por disposiciones específicas, únicamente en caso de maternidad”<sup>84</sup>.**

De lo anterior, la normatividad española indica dos situaciones en las cuales se daría lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad. La primera, referente la trabajadora que cuenta con 180 días cotizados en los últimos 7 años anteriores al nacimiento del niño, lo cual permitiría el reconocimiento del cien por ciento de la prestación económica pagada conforme al sueldo que devengue al momento de solicitar la licencia. La segunda, referente a 360 días cotizados durante toda la vida laboral de la trabajadora lo cual daría también lugar al pago como anteriormente se explicó.

Iguales garantías reconoce la norma en relación con la adopción, referente a las mujeres menores de 26 años que estén en estado de gestación, la normatividad española reconoce un trato preferencial.

Si la mujer tiene menos de 21 años de edad, el sistema social de protección español no le exige haber cotizado para el reconocimiento de la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas. Si la mujer, está entre los 21 a 26 años es preciso que haya cotizado mínimamente 90 días en los últimos 7 años a partir del nacimiento del hijo, o 180 días en toda su vida laboral.

Sin duda alguna, el Sistema Social de Protección Español, evidencia un mayor garantismo de los Derechos de la mujer gestante. En tanto, la facilidad para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia es muy amplio, brindando la posibilidad de lograr las cotizaciones requeridas por la mujer durante un periodo más largo de tiempo (7 años), sin imponer como requisito que dichas cotizaciones se hayan generado durante los meses

---

<sup>84</sup> Comisión Europea. La Seguridad Social En España.  
[http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain_es.pdf) consultado.

anteriores al parto, como sucede en Colombia lo cual ha dado lugar a la negativa del reconocimiento de dicha garantía constitucional.

Ahora bien, es importante recordar que en Colombia no existe trato diferenciado para el reconocimiento de las prestaciones económicas de la licencia de maternidad. Pues quien la solicite, debe obligatoriamente estar cotizando o haber cotizado en los meses anteriores al parto, situación que no se presenta en la legislación española, toda vez que esta reconoce un trato preferencial a las mujeres menores de 26 años.

#### **4.3 La licencia de maternidad y la mujer no cotizante**

En relación con las mujeres que no cuentan con un empleo formalizado y por consiguiente no coticen, bien se expuso, en páginas anteriores que la normatividad Colombiana solamente reconoce un auxilio alimenticio, sin que ello de lugar al pago de alguna prestación económica por cuenta de su estado de lactancia.

A mi modo de ver, esta es la diferencia más relevante con relación al tratamiento de la licencia en España, donde la normatividad reconoce el pago de las prestaciones económicas por lo menos durante las primeras **6 semanas**<sup>85</sup> para aquellas mujeres que no cuenten con un empleo o que sus semanas cotizadas no sean suficientes para el reconocimiento de la prestación, dando también lugar al tiempo de descanso requerido por la madre para su recuperación física y anímica.

Así también, la legislación española a plasmado la posibilidad de que la mujer comparta las semanas con su pareja, permitiendo que el hombre obtenga hasta **10 semanas**<sup>86</sup>, siempre y cuando las primeras 6 semanas de la licencia sean

---

<sup>85</sup> El permiso de maternidad en España. <http://www.webconsultas.com/embarazo/vivir-el-embarazo/aspectos-legales-del-embarazo/permiso-de-maternidad-2330>. Consultado.

<sup>86</sup> Comisión Europea. La Seguridad Social En España. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rig](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rig)

del goce de la mujer lactante. Posibilidad que, en la legislación colombiana aún no se evidencia.

## CONCLUSION.

Después del análisis evolutivo referente a la licencia de maternidad y sus prestaciones económicas, además, referente a los conflictos normativos en cuanto a su aplicación y protección material, el desarrollo jurisprudencial de las Altas Cortes en búsqueda de hacer efectiva las garantías constitucionales que le asisten a la mujer en estado de gestación y por consiguiente al recién nacido.

Se puede concluir que la asistencia a la mujer en estado de gestación, no solamente representa un factor económico, por cuanto, supone la protección de los Derechos de un recién nacido lo cuales están por encima de los demás Derechos, primando su aplicación; y además, la oportunidad para que la madre recupere su estado físico y anímico, por otra parte, que nuestra Constitución plasma dicha garantía como un derecho fundamental y de especial protección por cuenta del estado.

---

hts%20in%20Spain\_es.pdf consultado.

Sin embargo, se advierte también la carencia de su efectividad y su parcialización por cuenta de los requisitos exigidos por la normatividad actual para su reconocimiento, lo cual a mi modo de ver es inconstitucional, pues, el estado de ser madre no solamente se acoge durante un vínculo laboral y los derechos que le asisten a la mujer trabajadora también deben cobijar a la que no cuenta con un empleo fijo y formalizado, sin que ello implique que a la luz del artículo 25 de la Constitución su actividad económica no se reconozca como un trabajo que le brinde los medios para subsistir, y más cuando la realidad social de nuestro país así lo demuestra.

Por lo anterior, es indiscutible la necesidad de que el estado en cumplimiento de sus responsabilidades constitucionales haga efectivo los derechos que le asisten a la madre gestante y al recién nacido por medio de una política de inclusión social y garantista, que permita materializar los derechos constitucionales implicados, evitando así la parcialización de dichas garantías, en cuanto solo favorecen a quienes cuentan con los medios necesarios para cumplir con la obligación de cotizar.

Además de ello, es incuestionable la necesidad de una intervención directa por parte del estado en relación con los entes públicos y privados encargados de reconocer y pagar las prestaciones económicas que la licencia de maternidad conlleva. Esto por cuanto, la exigencia injustificada de tener que recurrir a los medios judiciales para encontrar efectividad de un derecho que por orden de nuestra Carta Política no requiere ningún tipo de tramitología. Y más cuando los pronunciamientos de la Corte Constitucional han sido claros y concisos en lo referente a la responsabilidad del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Además de lo anterior, a modo de crítica se considera que la asistencia dada por la normatividad para la mujer que, por causas ajenas a su voluntad sufre aborto o parto prematuro no viable, son insuficientes. Y esto, por cuanto el fin



mismo de la licencia otorgada a la mujer, no es solamente las garantías que le asisten al naciente, sino también los derechos y el bienestar de la mujer.

Vale recordar, que uno de los fines esenciales de la licencia de maternidad, es precisamente la recuperación física y anímica de la madre, que para el caso puntual son de suma importancia, pues el daño padecido por la mujer a causa del aborto o el parto prematuro no viable, requiere un tiempo prudencial de descanso, que le permita recuperar su bienestar físico y psicológico.

Si bien, el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo, indica en su numeral 2. ***“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 ha sufrido un aborto o parto prematuro, indicando el día en que haya tenido lugar, y***

***b). La indicación del tiempo de reposo que necesita la trabajadora”<sup>87</sup>.***

Es decir, concierne al médico tratante indicar el tiempo necesario de reposo que debe tener la mujer, el mismo artículo coarta dicha facultad del médico pues la enmarca en el término de 2 a 4 semanas, en detrimento de los derechos de la mujer. Pues, si el médico evidencia que el daño psicológico y físico requiere más tiempo del indicado por la norma, dicha situación no sería posible.

Por lo anterior, a mi modo de ver debería reconocerse el tiempo otorgado en la licencia de maternidad, es decir, las mismas 14 semanas, a la mujer que sufre aborto o parto prematuro no viable, en busca de brindarle las garantías necesarias para su recuperación física y psicológica.

---

<sup>87</sup> COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF.

## BIBLIOGRAFÍA.

- COLOMBIA, CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Constitución Política arts. 53. (subrayado fuera de texto).
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 53 de 1938. (22, abril 1938). Por la Cual Se protege la maternidad. Diario Oficial. N. 23764 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1632 de 1938. (10, septiembre 1938). “Por el Cual Se reglamenta la ley 53 de 1938, que protege la maternidad”. Diario Oficial. N. 23884 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 197 de 1938. (30, noviembre 1938). “Por la Cual Se reforman las leyes 178 y 162 de 1936”. Diario Oficial. Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1766 de 1939. (05, septiembre 1939). “Por el Cual Se aclara el artículo 2 del decreto número 953 de 1939”. Diario Oficial. N. 24167 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 6 de 1945. (19, febrero 1945). “por la cual se dictan algunas disposiciones sobre

convenciones de trabajo, asociaciones profesionales, conflictos colectivos y jurisdicción especial de trabajo”. Diario Oficial. N. 25790 Bogotá, DF.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 90 de 1946. (26, diciembre 1946). “Por la cual se establece el seguro obligatorio y se crea el instituto de seguros sociales”. Diario Oficial. N. 25790 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 2636 de 1950. (05, agosto 1950). “CODIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO”. Diario Oficial. N. 27407 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 73 de 1966. (13, diciembre 1966). “Por la cual se introducen algunas modificaciones a la Legislación Laboral, en desarrollo de Convenios Internacionales.”. Diario Oficial. N. 32112 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 722 de 1973. (16, abril 1973). ““Por el cual se modifica el artículo 35 del Decreto 1848 de 1969”.”. Diario Oficial. N. 33868 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 770 de 1975. (30, abril 1975). “por el cual se aprueba el Acuerdo número 536 de 1974 del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales sobre reglamento general del seguro de enfermedad general y maternidad.”. Diario Oficial. N. 33868 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 1045 de 1978. (17, junio 1978). " Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional”. Diario Oficial. N. 35035 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 50 de 1990. (28, diciembre 1990). “por el cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. Bogotá, DF.

- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 100 de 1993. (23, diciembre 1993). “por la cual se crea el sistema de seguridad social y se dictan otras disposiciones”. Diario Oficial. 41148. Bogotá, DF
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 806 de 1998. (30, abril 1998). " público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional". Diario Oficial. N. 43291 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Decreto 47 de 2000. (19, enero 2000). "Por el cual se expiden normas sobre afiliación y se dictan otras disposiciones". Diario Oficial. N. 43882 Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 755 de 2002. (23, julio 2002). “por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María.” Diario Oficial. 44878. Bogotá, DF
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 823 de 2003. (07, julio 2003). “Por la cual se dictan normas sobre igualdad de oportunidades para las mujeres” Diario Oficial. 45245. Bogotá, DF.
- COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPÚBLICA. Ley 1468 de 2011. (30, junio 2011). “por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.” Diario Oficial. 48116. Bogotá, DF. Artículo 236.
- JEFATURA DE ESTADO. Ley 3/1989, 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 trato de la mujer en el trabajo”.

#### CIBERGRAFIA.

- LA REVOLUCION INDUSTRIAL, El Rol De La Mujer. <http://larevolucionindustrialmekhi.blogspot.com.co/2012/10/el-rol-de-la-mujer.html>

- Los movimientos feministas como motores del cambio social <http://www.mujeresenred.net/spip.php?article135>
- INTERNATIONAL LABOUR ORGANIZATION, c003 – convenio sobre la protección de la maternidad, 1919. (núm. 3). [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100\\_ILO\\_CODE:C003](http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C003)
- COSTITUCION POLITICA DE 1991. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0>
- COSTITUCION POLITICA DE 1886. Asamblea Nacional Constituyente. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7153#0> Consultado.
- CONSTITUCION ESPAÑOLA. <http://www.senado.es/web/conocersenado/normas/constitucion/index.html> Consultado.
- Organización Mundial de la Salud. <http://www.who.int/es/> consultado.
- Comisión Europea. La Seguridad Social En España. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain_es.pdf) consultado
- El permiso de maternidad en España. <http://www.webconsultas.com/embarazo/vivir-el-embarazo/aspectos-legales-del-embarazo/permiso-de-maternidad-2330>. Consultado.
- Comisión Europea. La Seguridad Social En España. [http://ec.europa.eu/employment\\_social/empl\\_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain\\_es.pdf](http://ec.europa.eu/employment_social/empl_portal/SSRinEU/Your%20social%20security%20rights%20in%20Spain_es.pdf) consultado.

## JURISPRUDENCIA.

- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-646 de 2012. M.P.: Dr. Nilson Pinilla Pinilla. Expediente T- 3389844.

- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1167 de 2008. M.P.: Dr. Jaime Araujo Rentería. Expediente T- T-2.032.170, T-2.032.600, T-2.043.752, T-2.043.857, T-2.044.136 y T-2.046.681.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1062 de 2012. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 3594860.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia SU-070 de 2013. M.P.: Dr. Alexei Julio Estrada. Expediente T- 2361117.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-092 de 2016. M.P.: Dr. Alejandro Linares Cantillo. Expediente T-5.123.820, T-5.184.324 y T-5.189.266.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-530 de 2007. M.P.: Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra. Expediente T- T-1547227, T-1549565, T-1549683, T-1552575, T-1554056, T-1554317, T-1555177, T-1567130, T-1572922, T-1575081, T-1575810, T-1575897, T-1576786, T-1579127, T-1579539, T-1579596, T-1597389 y T-1556303.
- COLOMBIA, Corte Constitucional, sala plena. Sentencia T-1168 de 2005. M.P.: Dr. Álvaro Tafur Galvis.