

PROYECTO DE LEY No _____ DE 2019 CÁMARA

“Por medio de la cual se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental, se modifican los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones”

EL CONGRESO DE COLOMBIA

DECRETA

Artículo 1º. Objeto. La presente ley tiene por objeto crear la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental y modificar los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y dictar otras disposiciones.

Artículo 2º. Adiciónense los párrafos 4º y 5º al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

“ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. <Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.
2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, o en todo el tiempo si fuere menor.
3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a) El estado de embarazo de la trabajadora;
 - b) La indicación del día probable del parto, y
 - c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1o. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

PARÁGRAFO 2o. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera. El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata

este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla”.

PARÁGRAFO 4o. Licencia parental compartida. Los padres podrán distribuir libremente el tiempo total de sus días de licencia de maternidad y paternidad, siempre y cuando ambos estén de acuerdo, lo registren ante Notaría Pública y el médico tratante lo autorice por escrito, a fin de garantizar la salud de la madre y el recién nacido. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental compartida se regirá por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán optar por una licencia parental compartida, donde se sumará el tiempo total de las licencias de las que trata el numeral 1 y el párrafo 2 del presente artículo, más dos semanas.
2. El tiempo de licencia parental compartida se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar 2 semanas de licencia previas a la fecha probable del parto, caso en el cual, la licencia parental compartida sería de 20 semanas contadas después del parto. Podrán tomarla de manera simultánea, considerando la base de los ingresos de cada uno. En todo caso, la madre deberá tomar como mínimo las primeras dos semanas después del parto. El tiempo de licencia del padre deberá ser mayor al actualmente concedido en el numeral 1 del párrafo 2 del presente artículo.
3. La licencia parental compartida será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador, acorde con la normatividad vigente.
4. Al escoger esta figura se está renunciando a hacer uso de las licencias de maternidad y paternidad en los términos contemplados en los incisos y párrafos anteriores.

Para los efectos de la licencia de que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia compartida es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor.
2. Existir mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución del tiempo total. Ambos padres deberán realizar una declaración juramentada ante Notaría Pública explicando la distribución acordada y presentarla ante sus empleadores.
3. Los padres deberán presentar ante al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:
 - a). El estado de embarazo de la mujer;
 - b). La indicación del día probable del parto, y
 - c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse una semana antes del parto.

La licencia parental compartida también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta las reglas del párrafo 3º y numeral 4, respectivamente.

La licencia parental compartida es aplicable a los trabajadores del sector público. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

No podrán optar por la licencia parental compartida, los padres que hayan sido condenados por los delitos contemplados en el título VI delitos contra la familia, capítulo primero “de la violencia intrafamiliar”.

PARÁGRAFO 5o. Licencia parental flexible de tiempo parcial. La madre y/o padre podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, en la cual, podrán cambiar el periodo de licencia de maternidad o de paternidad, por un período de trabajo de medio tiempo, equivalente al doble del tiempo correspondiente al período de licencia total, en el marco del teletrabajo, de conformidad con lo establecido por la Ley 1221 de 2008. Esta licencia, en el caso de la madre, es independiente del permiso de lactancia.

La licencia parental compartida se regirá por las siguientes condiciones:

1. Los padres podrán optar por una licencia parental flexible de tiempo parcial, que corresponderá al tiempo de las licencias respectivas de las que trata el numeral 1 y el párrafo 2 del presente artículo.
2. El tiempo de licencia parental flexible de tiempo parcial se contará a partir de la fecha del parto. Salvo que el médico tratante haya determinado que la madre deba tomar 2 semanas de licencia previas a la fecha probable del parto, caso en el cual, la licencia parental compartida sería de 20 semanas contadas después del parto. Podrán tomarla de manera simultánea, considerando la base de los ingresos de cada uno.
3. La licencia parental flexible de tiempo parcial será remunerada con base en el salario de quien disfrute de la licencia por el período correspondiente. El pago de la misma estará a cargo del respectivo empleador. El pago del salario por el tiempo parcial laborado se regirá acorde con la normatividad vigente.
4. Al escoger parental flexible de tiempo parcial se está renunciando a hacer uso de las licencias de maternidad y paternidad en los términos contemplados en los incisos y párrafos anteriores.

Para los efectos de la licencia de la que trata este párrafo, los beneficiarios deberán cumplir los siguientes requisitos:

1. El único soporte válido para el otorgamiento de licencia parental flexible de tiempo parcial es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.
2. Existir mutuo acuerdo entre el empleado o empleada y el empleador. Para ello, deberán realizar una declaración juramentada explicando la distribución del tiempo.

3. Presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a). El estado de embarazo de la mujer;

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

c). La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse una semana antes del parto, cuando se trate de la licencia de maternidad.

La licencia parental flexible de tiempo parcial también se aplicará con respecto a los niños prematuros y adoptivos, teniendo en cuenta las reglas del párrafo 3º y numeral 4, respectivamente.

La licencia parental flexible de tiempo parcial es aplicable a los trabajadores del sector público. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública, reglamentará la materia dentro de los seis (6) meses siguientes a la sanción de la presente ley.

Artículo 3º. Fuero de Protección Parental. Modifíquese los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales quedarán así:

ARTÍCULO 239. PROHIBICIÓN DE DESPIDO. <Artículo modificado por el artículo 2 de la Ley 1822 de 2017. El nuevo texto es el siguiente:>

1. ~~Ninguna trabajadora~~ Nadie podrá ser despedido por motivo de embarazo, lactancia o licencia parental, sin la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa.
2. Se presume el despido efectuado por motivo de embarazo, lactancia o licencia parental, cuando este haya tenido lugar dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto.
3. Las ~~trabajadoras~~ personas de que trata el numeral uno (1) de este artículo, que sean despedidas, tendrán derecho al pago adicional de una indemnización igual a sesenta (60) días de trabajo, fuera de las indemnizaciones y prestaciones a que hubiere lugar de acuerdo con su contrato de trabajo.
4. En el caso de la mujer trabajadora que por alguna razón excepcional no disfrute de la semana preparto obligatoria, y/o de algunas de las diecisiete (17) semanas de descanso, tendrá derecho al pago de las semanas que no gozó de licencia. En caso de parto múltiple tendrá el derecho al pago de dos (2) semanas adicionales y, en caso de que el hijo sea prematuro, al pago de la diferencia de tiempo entre la fecha del alumbramiento y el nacimiento a término.

ARTICULO 240. PERMISO PARA DESPEDIR.

1. Para poder despedir a una trabajadora o trabajador durante el período de embarazo o los tres meses posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del Alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario.
2. El permiso de que trata este artículo sólo puede concederse con el fundamento en alguna de las causas que tiene el empleador para dar por terminado el contrato de trabajo y que se enumeran en los artículos 62 y 63. Antes de resolver, el funcionario debe oír al trabajador o a la trabajadora y practicar todas las pruebas conducentes solicitadas por las partes.
3. Cuando sea un Alcalde Municipal quien conozca de la solicitud de permiso, su providencia tiene carácter provisional y debe ser revisada por el Inspector del Trabajo residente en el lugar más cercano.

ARTICULO 241. NULIDAD DEL DESPIDO.

1. El empleador está obligado a conservar el puesto al trabajador o a la trabajadora que esté disfrutando de los descansos remunerados de que trata este capítulo, o de licencia por enfermedad motivada por el embarazo o parto.
2. No producirá efecto alguno el despido que el empleador comunique al trabajador o a la trabajadora en tales períodos, o en tal forma que, al hacer uso del preaviso, éste expire durante los descansos o licencias mencionados.

Artículo 4º. Vigencia. La presente ley rige a partir del momento de su promulgación y deroga las disposiciones que le sean contrarias.

Cordialmente,

Exposición de Motivos

1. Introducción

La presente ley tiene por objeto modificar los artículos 236, 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo y crear las figuras de la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial y el fuero de protección parental.

Con la modificación al artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, los padres podrán escoger entre: 1) La licencia tradicional de maternidad y paternidad conforme al régimen actual; 2) La licencia parental compartida, que permite sumar y redistribuir los periodos actuales de licencia de maternidad y paternidad libremente y 3) La licencia flexible de tiempo parcial, que autoriza sustituir el tiempo de licencia de maternidad o paternidad actual, por el doble del tiempo, realizando trabajo de medio tiempo y en el marco del teletrabajo.

En este sentido, la ley crea alternativas que facilitan a los padres el ejercicio de sus derechos de licencia acorde con sus propias convicciones, conciliando la vida laboral y familiar y siempre atendiendo el interés superior del menor.

Con respecto a la licencia parental compartida y con el fin de incentivar su uso, teniendo en cuenta que con ella se busca efectivizar el derecho constitucional de la igualdad material, la propuesta incluye ampliar el tiempo de licencia de quienes opten por esta alternativa. A su vez, con relación a la licencia parental flexible de tiempo parcial, el incentivo consistiría en la posibilidad de extender al doble el tiempo actual de licencias, realizando un trabajo de medio tiempo, previo acuerdo con el respectivo empleador.

Por su parte, la modificación de los artículos 239, 240 y 241 crea el fuero de protección parental, con el fin de ampliar el régimen actual de protección a los padres, es decir, madre y padre, en todas las modalidades de licencias establecidas por esta ley, igualando las condiciones de hombres y mujeres.

2. Fundamento constitucional

De conformidad con lo establecido en el artículo 44 de la Constitución Política: *“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 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”.

En ese sentido, la Constitución por mandato expreso, eleva al rango de derecho fundamental los derechos de los niños, incluyendo dentro de estos, el derecho al cuidado, el cual reviste una mayor importancia durante los días posteriores al nacimiento o siguientes a la adopción. Como consecuencia de ello, las licencias de maternidad y paternidad buscan materializar este principio, permitiendo a los padres que laboran, conciliar sus responsabilidades con el deber de cuidado a los hijos menores.

Con el presente proyecto de ley a partir de la creación de dos sistemas alternativos de licencias, con respecto al sistema tradicional, esto es, la licencia parental compartida y la licencia parental flexible de tiempo parcial, se pretende que los padres tengan opciones adicionales para cumplir con el deber de cuidado y de esa manera, propender por la materialización del derecho fundamental de los niños a recibir el cuidado de los padres.

Los deberes de los padres con respecto al cuidado de los hijos, deben entenderse a su vez, en conjunto con el principio constitucional de la igualdad. El artículo 13 de la Constitución Política señala que: *“Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación por razones de sexo, raza, origen nacional o familiar, lengua, religión, opinión política o filosófica. // El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados. // El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.*

Para efectos de esta ley, reviste importancia la prohibición de discriminación en razón del sexo y el deber del Estado de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva. En cuanto a lo primero, se señala que la mujer ha sido históricamente objeto de discriminación, por lo que el constituyente optó por incluirla a partir de la enunciación del artículo 13 constitucional, como sujeto de especial protección constitucional, prohibiendo cualquier conducta que tienda a la discriminación en razón de esta condición.

Aunado a lo anterior, el constituyente estableció un mandato claro a todas las ramas del poder público, a fin de promover las condiciones para que la igualdad fuera real y efectiva. En ese sentido, no basta con señalar que todos son iguales ante la ley, si no, que se hace necesario que, a través de acciones concretas, se propugne para que esta igualdad sea real. En un análisis acerca de las licencias, Monterroza (2017) afirma:

En ese sentido se plantea que es necesario introducir cambios desde lo legislativo a fin de romper con las barreras estructurales arraigadas, que dificultan que las condiciones de competitividad laboral de las mujeres sean menores en relación con las de los hombres. Por ejemplo, en el caso de la regulación de las licencias de maternidad y paternidad, se podría optar por una normatividad que otorgue mayores posibilidades a

padre y madre a decidir acerca de los tiempos de cuidado de los hijos, de acuerdo con sus propias aspiraciones profesionales y laborales. (Monterroza, 2017; P.p. 42)

Con el presente proyecto de ley y en especial, en lo que tiene que ver con la licencia parental compartida, se busca disminuir las condiciones de desigualdad de las mujeres para el acceso al campo laboral, eliminando como criterio en los procesos de selección de personal, si la mujer está en edad reproductiva o no. Al establecerse legalmente que los padres, de acuerdo con sus propias convicciones, podrán elegir el periodo de licencia parental que gozarán en caso de embarazo, se elimina como criterio de selección si la mujer está o no en edad reproductiva. En consideración que el empleador no podrá conocer *a priori* la distribución del tiempo por el cual optarán los padres.

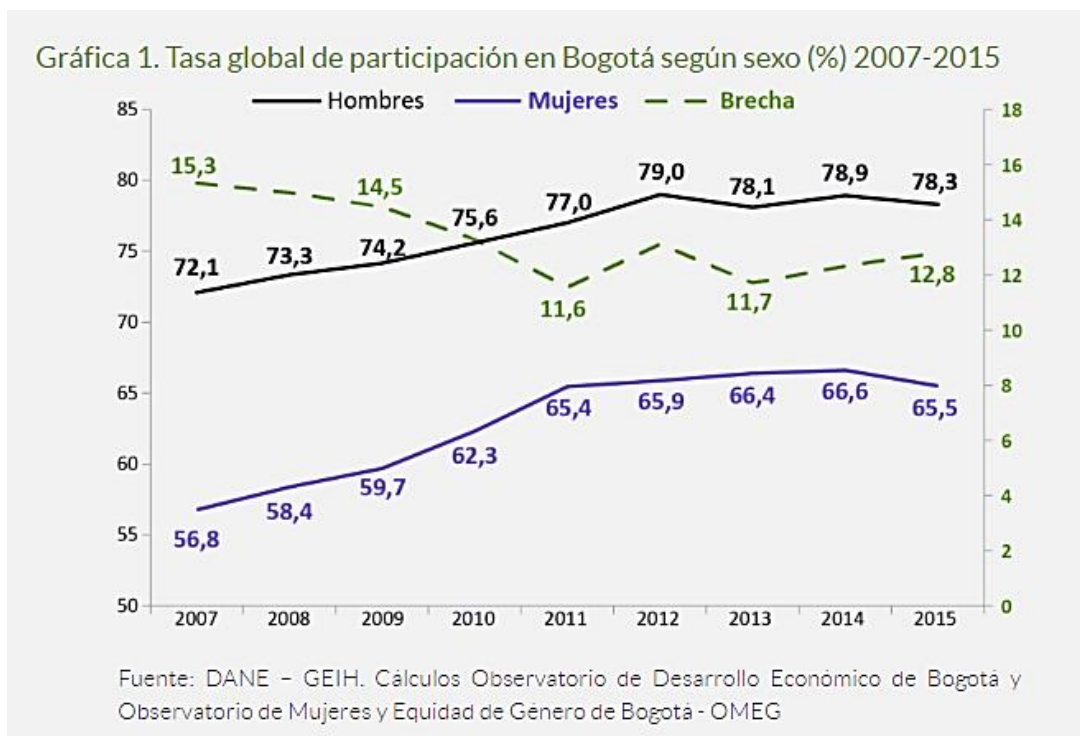
Lo anterior a su vez, busca materializar el contenido del artículo 43 constitucional que señala que *“La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada”* (subrayado fuera del texto).

En la sentencia SU-075 de 2018, la Corte Constitucional reconoce, a partir de datos de diferentes instituciones, entre las que se encuentra el Banco Mundial, y el DANE, que las mujeres enfrentan desigualdades en el acceso al empleo con fundamento en su género y particularmente cuando se encuentran en edad reproductiva. De esa manera, la edad reproductiva se ha convertido en un factor adicional de desigualdad en el acceso al trabajo de las mujeres, por los costos que puede representar para el empleador la contratación de una mujer que, por su edad, se encuentra más propensa a quedar en estado de embarazo.

Afirma la Corte Constitucional en la misma sentencia que: *“(…) Una mujer asalariada en edad reproductiva tiene probabilidades más altas de quedarse desempleada que un hombre trabajador de su misma edad, incluso sin tener hijos o pareja o sin importar el hecho de que viva sola¹. Un ejemplo de ello, está en las cifras que mostraba el DANE para el año 2015 respecto de la ciudad de Bogotá²:*

¹ Arango Thomas, Luis Eduardo; Lora, Eduardo; y otros. Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República, 2016. Pág. 4. Pág. 10. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-075 de 2018.

² Valencia M, Ana María y Lurduy, Luz Marina. Las mujeres en el mercado laboral en Bogotá. Observatorio de Desarrollo Económico. Alcaldía de Bogotá. 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/base/lectorpublic.php?id=823#sthash.bvjAKYgh.XLTJ17wK.dpbs> Citado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018.



Los datos de la gráfica anterior muestran que, aunque las mujeres superan a los hombres tanto en población total, como en personas en edad de trabajar participan en menor medida del mercado laboral que los hombres: un 65,5 % frente a un 78,3%³.

De esa manera, la edad reproductiva de las mujeres es un criterio que ha sido usado con efectos discriminatorios, tanto para el acceso como para la permanencia en el mercado laboral.

La protección especial de la mujer del artículo 43 y el derecho fundamental al cuidado de los niños por parte de los padres del 44, es a su vez, el fundamento para la creación del fuero de protección parental. En primer lugar y teniendo en cuenta el derecho fundamental de los niños, con esta ley se busca extender al padre, la protección, en cuanto a justas causas de despido y nulidad del mismo.

La Corte Constitucional en la sentencia C-005 de 2017 ha señalado sobre este particular que “(...) La prohibición de despido y la exigencia de permiso para llevarlo a cabo, se extienden al(la) trabajador(a) que tenga la condición de cónyuge, compañero(a) permanente o pareja de la mujer en período de embarazo o lactancia, que sea beneficiaria de aquel(la)”. Manifiesta la Corte Constitucional, que se está frente a una desigualdad negativa, siendo necesario que también se

³ Valencia M, Ana María y Lurduy, Luz Marina. Las mujeres en el mercado laboral en Bogotá. Observatorio de Desarrollo Económico. Alcaldía de Bogotá. 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/base/lectorpublic.php?id=823#sthash.bYjAKYgh.XLTJ17wK.dpbs> Citado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018.

proteja al cónyuge, compañero(a) permanente o pareja, cuando se encuentre en condición de dependencia.

Con el presente proyecto de ley, se busca elevar a rango legal, la jurisprudencia de la Corte, haciéndola extensiva a todos los casos, sin importar la condición de dependencia, pues se considera necesario proteger a todos los menores, sin ningún tipo de distinción, lo cual solo es posible a partir de la creación del fuero mediante ley,

En segundo lugar, y con fundamento en la protección especial de la mujer, se pretende incluir en esta ley, que en adelante no se podrá exigir para la aplicación del fuero de protección parental, que haya mediado comunicación previa al empleador sobre el estado de embarazo, pues ello se considera un retroceso en materia de protección a la mujer, siendo necesario clarificar a nivel legal que, para la operatividad del fuero no se podrá exigir en ningún caso, dicha comunicación.

3. Razones relacionadas con el desarrollo infantil

La presencia de los padres juega un rol fundamental en el desarrollo infantil, especialmente en lo que respecta al cuidado preventivo, la lactancia materna y el desarrollo emocional. Por ello, la Organización Mundial de la Salud (OMS) y UNICEF han defendido la importancia de la licencia de maternidad y paternidad. “La licencia por maternidad remunerada se asocia con múltiples beneficios para la salud de los niños, entre ellos la formación del vínculo madre-hijo, el establecimiento de la lactancia materna y una mayor duración de ésta, así como mayores probabilidades de que los lactantes reciban vacunas y atención preventiva. A su vez, el padre se relaciona mejor con sus hijos pequeños y asume más responsabilidades de su cuidado cuando tiene una licencia por paternidad”.

Según la UNESCO, “el desarrollo humano es de carácter interactivo, es un fenómeno que sucede gracias a las relaciones entre personas, donde el afecto y la comunicación juegan un rol fundamental⁴”. Para lograr este desarrollo, esta organización recomienda a quienes promueven políticas públicas en la materia:

- *“Apoyar las iniciativas generadas desde las y los especialistas respecto de la participación de los padres, articulación familia-educación y educación familiar o parental.*
- *Promover políticas intersectoriales respecto de la relación entre familias y educación en las diferentes etapas o ciclos de vida”.*⁵

Por ello, la propuesta de la presente ley es permitir que las familias puedan tomar de una forma compartida flexible o de tiempo parcial, las licencias sobre las que tienen derecho. Corolario de ello será lograr que se logre un papel más activo en el cuidado por parte de ambos padres, para lograr una mejor salud psicológica, autoestima y formas de relacionamiento con el mundo.

⁴ UNESCO, (2004) Participación de las familias en la educación Infantil latinoamericana.

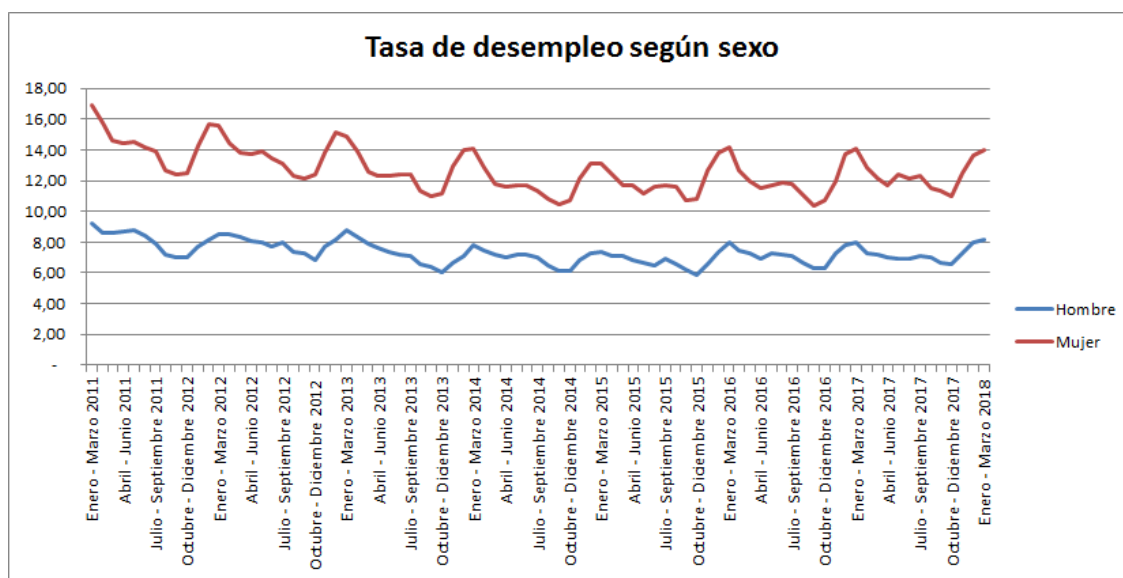
⁵ Recomendaciones 11 y 12. En UNESCO, (2004) Participación de las familias en la educación Infantil latinoamericana. Pg. 66-67

Adicionalmente, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado en la importancia del rol del padre en la protección de los derechos de los niños. Según la Sentencia C-273 de 2003, “*En conclusión, si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar -pues debe admitirse que la naturaleza de la influencia paterna puede variar sustancialmente dependiendo de los valores individuales y culturales-, lo que sí está claro es que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo, y aún más cuando ha decidido asumir su papel en forma consciente y responsable, garantizando al hijo el ejercicio pleno de sus derechos fundamentales y especialmente el derecho al cuidado y amor para su desarrollo armónico e integral*” (subrayado fuera del texto).

La presencia activa de los padres tiene un impacto en el desarrollo y los derechos de niños y niñas, en especial en lo que corresponde a la lactancia materna, la vacunación, atención preventiva y desarrollo emocional. En este sentido, permitir que los padres puedan escoger cómo compartir los tiempos de la licencia, fortalece la presencia de ambos padres en las primeras etapas del desarrollo y así deriva en un cuidado más equitativo.

4. Razones de equidad

Actualmente en Colombia existen diferencias laborales por género: el índice de desempleo de las mujeres es mayor que el de los hombres y existe una brecha salarial entre hombres y mujeres. Esta tendencia es histórica y no corresponde a un fenómeno nuevo ni es exclusivo del país.



Elaboración propia, utilizando los datos del DANE

La diferencia en el empleo por género se explica por múltiples variables. Una de ellas tiene que ver con la forma en la que los empleadores ven a las mujeres en edad productiva. El PNUD advirtió⁶ que otorgar licencias parentales más largas a mujeres que a hombres crea barreras para

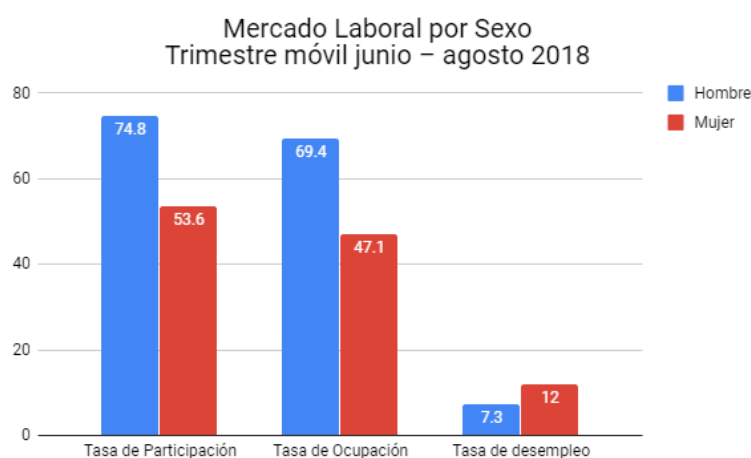
⁶ <http://hdr.undp.org/en/content/paid-parental-leave-including-mandatory-paternity-leave>

la contratación. Lo anterior sustentado en que se crean incentivos negativos para la contratación de mujeres en edad reproductiva, pues algunos empleadores las ven como madres potenciales. De esta manera las brechas entre hombres y mujeres en el mercado laboral se perpetúan.

Sobre este particular resultan reveladores los resultados de un reciente estudio realizado por Tribin, Vargas y Ramírez, quienes determinaron, a partir de análisis de datos de empleabilidad de las mujeres, que el aumento de las semanas de maternidad en la legislación colombiana tuvo un efecto negativo para las mujeres entre los 18 y los 30 años, quienes después de la reforma legislativa del 2011 estaban más propensas a quedar desempleadas, ser trabajadoras informales o independientes. Así mismo, concluyó el estudio que los resultados afectaban a las mujeres en edad fértil y el efecto negativo en materia de empleabilidad era causado por la simple percepción social de que la mujer quedará embarazada próximamente, por lo que los resultados no solo se aplican a las mujeres embarazadas o mujeres que han tenido hijos recientemente (Tribin, Vargas y Ramírez, 2019).

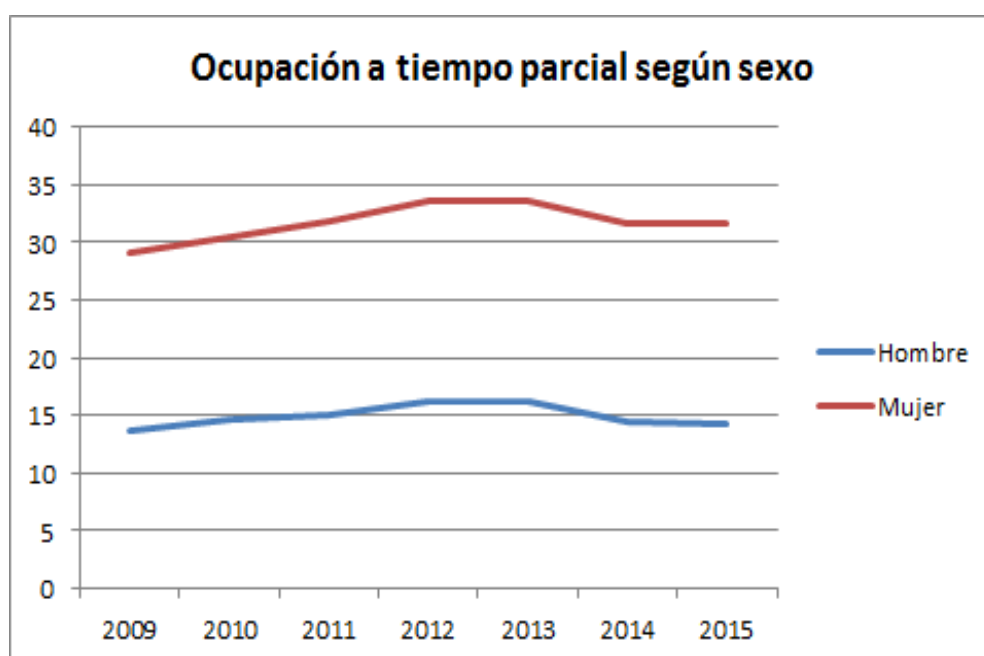
Otra de las variables que dan cuenta de estas diferencias tiene que ver con las penalidades por maternidad. Según la sociología, las madres en etapa laboral encuentran desventajas sistemáticas en cuanto a sus salarios, habilidades y beneficios en comparación con mujeres que no tienen hijos. Específicamente, Henrik Kleven, Camille Landais y Jakob Egholt Søgaaard realizaron un estudio en el 2018 en Dinamarca que identificó que la llegada de los hijos e hijas crea una brecha de género en las ganancias a largo plazo de alrededor del 20% a favor del padre.

Estas “penalidades por tener hijos” no sólo se reducen a esa brecha salarial, sino que también se evidencia en la participación en la fuerza de trabajo, las horas de trabajo y las tasas salariales de las madres. Además, la fracción de desigualdad de género causada por las “penalidades” ha aumentado con el tiempo: pasó de aproximadamente 40% en 1980 a cerca de 80% en 2013. La anterior conclusión se sustenta en datos administrativos daneses entre 1980 y 2013. Extrapolando estas mediciones para el caso colombiano, la diferencia en el mercado laboral se puede evidenciar en la tasa global de participación, ocupación y desempleo.



Elaboración propia, utilizando los datos del DANE

Según PNUD, hay procesos de exclusión en la forma de vinculación de las mujeres al mercado laboral. En términos generales, las mujeres tienen una mayor participación en los trabajos de medio tiempo y tienden a suspender sus carreras para cuidar de sus hijos. Este tipo de vinculación crea expectativas por parte de los empleadores que no permiten que haya una integración plena de las mujeres en el mercado laboral. Este tipo de rupturas evitan que las mujeres lleguen a cargos directivos, reducen las posibilidades de acceder a pensión y crean incentivos negativos para los contratantes. En Colombia, la discriminación laboral se evidencia en la proporción de mujeres que trabaja en tiempo parcial con respecto a los hombres. Por ello es necesario crear una licencia compartida o flexible de tiempo parcial. Esta posibilidad de escogencia daría autonomía a padres para que decidan cómo cuidar a sus hijos y a sus carreras.



Elaboración propia, utilizando los datos de la OIT <http://www.ilo.org>

Otra aproximación a compartir las cargas de cuidado es hacer obligatoria la licencia de paternidad. Este es el caso de Chile, Italia, Portugal y Singapur. En 1981, en Chile se creó una ley que buscaba incentivar la contratación de mujeres, pues la tasa de empleo era inferior al 50%. La legislación hacía que las compañías pagaran por los jardines infantiles de sus empleadas mujeres. De acuerdo al PNUD, esto significó una disminución entre el 9 y 20% en los salarios iniciales de las mujeres. Hacer obligatoria la licencia de paternidad no disminuye las brechas inequitativas de género existentes.

Colombia ya ha avanzado en la distribución de las tareas de cuidado de los hijos. Cada vez es más común ver que hombres y mujeres comparten las labores de cuidado. Según la encuesta del DANE, el 16.3% de las mujeres dedican 1:29 minutos al día a las actividades de cuidado con menores de 5 años pertenecientes al hogar. En el caso de los hombres, el 10.05% le dedica 1:21 minutos. Por ello tiene sentido que se transforme la legislación: para dar alcance a unos cambios

que ya se ven reflejados en la sociedad donde el padre y la madre apoyan el desarrollo integral de sus hijos a través de la coparentalidad.

Las políticas públicas sobre el cuidado deben garantizar los tiempos y el dinero para que tanto padres como madres puedan ejercer su rol. Si bien hay suficiente evidencia que apunta a que existe una inequidad laboral en Colombia, tener políticas en donde la mujer se le dan exclusivamente roles de cuidadora perpetúa estereotipos sobre el cuidado. Que sólo las mujeres sean quienes solicitan los permisos laborales crea barreras que se ven reflejadas en la realidad laboral colombiana.

Sobre este particular también es importante destacar las conclusiones expuestas por ONU Mujeres en el documento “El progreso de las mujeres en Colombia 2018: Transformar la economía para realizar los derechos” en donde se indicó: *“Desde 2002 el país dio sus primeros pasos para que los padres disfruten de una licencia remunerada durante 8 días hábiles, tiempo durante el cual comparten con su pareja los primeros días de sus hijos. Ese avance debe, sin embargo, ir acompañado de acciones tendientes a generar cambios culturales a partir de los cuales se logre conciencia respecto a las responsabilidades de hombres y mujeres en la crianza de sus hijos. Estas acciones deben ser permanentes ya que se trata de generar cambios de tipo cultural. Es necesario avanzar progresivamente a sistemas de licencias de cuidado infantil compartidas entre mujeres y hombres, promoviendo una cultura de corresponsabilidad que permita que la crianza sea asumida de manera libre y compartida por padres y madres”* (ONU Mujeres, 2018; P.p. 59) En esa medida, el proyecto de ley propuesto va encaminado a la materialización de las recomendaciones del organismo internacional, creando dos nuevas modalidades de licencia que tienden a fortalecer la corresponsabilidad de los padres en la crianza de los hijos y de manera consecuencial mejora las condiciones de igualdad en el acceso laboral de las mujeres en edad reproductiva.

5. Casos internacionales exitosos de modelos de licencia compartida

Para garantizar los derechos de las familias a pasar tiempo con sus recién nacidos, los países han tendido a escoger entre tres caminos: Aumentar las semanas de licencia para la madre; hacer obligatoria la licencia paternal, o; crear una bolsa de tiempo compartida. A continuación, se describen tres casos donde se comparten los tiempos entre padres:

- **Canadá:**

Tiene un programa gubernamental donde se combina el tiempo de licencia (beneficios de maternidad) con una ayuda financiera (beneficio parental). Permite que los padres biológicos o adoptivos puedan compartir el tiempo de licencia. En términos administrativos, el programa distribuye las cargas fiscales entre el nivel federal y el provincial, lo que implica que los tiempos de licencia varían dependiendo de la provincia.

Los beneficios de maternidad se ofrecen a madres biológicas, incluyendo madres sustitutas, mientras que los beneficios parentales se ofrecen a padres biológicos, adoptivos o legalmente

reconocidos de un recién nacido o adoptado. Para los padres o la pareja de las madres gestantes, los empleadores deben garantizar su trabajo por 5 semanas.

En el caso de la licencia, las madres biológicas pueden tomar un tiempo para regresar a sus trabajos que oscila entre 15 a 17 semanas, dependiendo de la provincia en la que viva. Para obtener los beneficios, deben realizar una declaración firmada donde se contenga la fecha esperada de nacimiento, la fecha del nacimiento o la fecha de adopción (incluyendo el nombre y dirección de la autoridad que reconoció la adopción)

En el caso del beneficio parental, las personas que sean elegibles pueden escoger entre dos opciones: beneficios parentales estandarizados (52 semanas después del nacimiento, con un 55% del promedio de ingresos semanales, a un monto no mayor a CAD\$ 5470 semanal) o beneficios parentales extendidos (78 semanas después del nacimiento, con 33% del promedio de ingresos semanales, a un monto no mayor a CAD\$ 328).

- **Reino Unido:**

El Reino Unido cuenta con una legislación que combina el tiempo de licencia con una ayuda financiera. La Licencia Parental Compartida (SPL siglas en inglés) es una política en donde se establecen los derechos y las responsabilidades para tener una licencia de tiempo para cuidar a los hijos durante su primer año. Permite a las madres, padres y adoptantes (elegibles) escoger cómo compartir el tiempo libre después del nacimiento de su hijo biológico o adoptivo.

En la SPL, los padres, madres y adoptantes tienen derecho a tomar hasta 50 semanas de SPL durante el primer año de vida de su hijo en la familia. El número de semanas se calcula utilizando el derecho de la madre a la licencia de maternidad (52 semanas), teniendo en cuenta que es obligatorio para la madre tomar las primeras dos semanas después del nacimiento. Los padres y/o madres deciden cómo van a distribuir ese derecho y le informan al empleador.

Además, existe una ayuda financiera a través del Pago Parental Compartido Estatutario (Statutory Shared Parental Pay (ShPP)). Los padres, madres y adoptantes tienen derecho a tomar hasta 37 semanas de ShPP mientras toman SPL. Este pago es equivalente a la tarifa fija para la paga legal por maternidad y la asignación por maternidad. Se escoge el menor entre £145.18 por semana o el 90% del salario semanal promedio de un empleado.

Para activar el derecho a SPL para uno o ambos padres, se debe cumplir con criterios de elegibilidad para la madre⁷ y para las parejas⁸. Además, un padre o una madre que desea tomar SPL deben cumplir con la "prueba de continuidad de empleo"⁹ y "prueba de empleo y

⁷ La madre debe: tener un compañero, tener derecho a licencia de maternidad / adopción y reducir su permiso de maternidad / adopción.

⁸ Ambos deben: ser empleados, compartir la responsabilidad principal del niño con el otro padre en el momento de su nacimiento o en el momento de la entrega a su nueva familia, notificar adecuadamente a sus empleadores sobre sus derechos y proporcionar las declaraciones y evidencia necesarias.

⁹ Que requiere que tenga un mínimo de 26 semanas de servicio al final de la semana 15 antes de la fecha esperada de parto o de llegada del niño y su pareja debe cumplir con la

ganancias"¹⁰ Las licencias de maternidad, de paternidad, el pago legal por maternidad y el subsidio de maternidad son independientes, pero excluyentes de la licencia compartida. Deben decidir cuál derecho legal (licencia) tomar.

- **Singapur:**

Singapur tiene un programa gubernamental que ofrece una ayuda financiera (licencia de maternidad pagada por el gobierno). Permite compartir los beneficios económicos entre el padre y la madre, adicional a tomar la primera semana después del nacimiento de forma obligatoria para ambos padres.

La madre puede tener hasta 16 meses de licencia de maternidad pagada por el gobierno, si el bebé es ciudadano de Singapur, si está legalmente casada con el padre del bebé y si ha estado vinculada laboralmente en los últimos tres meses de forma continua antes del nacimiento. Si el bebé no es ciudadano de Singapur, sólo tendría acceso a 12 semanas.

El padre puede recibir los beneficios si el bebé es ciudadano de Singapur, la madre clasifica para recibir los beneficios de licencia de maternidad pagada por el gobierno y si está casado con la madre del bebé. El beneficio consiste en tomar hasta 4 de las 16 semanas de maternidad pagada por el gobierno de la esposa, sujeto a un acuerdo, hasta por \$2.500 a la semana (aproximadamente 5'316.550 pesos colombianos o U\$ 1.843). Estos días se pueden tomar de forma consecutiva, en bloques separados por días de trabajo o en días individuales.

El acuerdo para compartir el tiempo es flexible y deberá ser informado al empleador a través de los formatos disponibles dentro de los sistemas de gestión de calidad de cada empresa o entidad. Se exceptúa la primera semana del nacimiento, pues por ley, es obligatorio para ambos tomar la primera semana.

Bibliografía

- Arango , L; Lora, E; y otros (2016). Desempleo femenino en Colombia. Ed. Francesca Castellani, Bogotá: Banco de la República. Citado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-075 de 2018.
- CEPAL (2018) Observatorio de Igualdad de Género de América Latina y el Caribe <http://estadisticas.cepal.org/cepalstat/perfilesNacionales.html?idioma=spanish>
- Departamento Nacional de Estadística. DANE. (2018). Boletín técnico Mercado Laboral por Sexo Trimestre móvil febrero – abril 2018. https://www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/ech/ech_genero/bol_ejesexo_feb18_abr18.pdf

¹⁰ Que requiere en las 66 semanas previas a la fecha de esperada de parto o de llegada del niño se hayan trabajado durante al menos 26 semanas y ha ganado un promedio al menos £ 30 en una semana en cualquiera de esas 13 semanas.

- Escobedo, L. F. (2013). *Licencias parentales y política social de la paternidad en España*. Barcelona: Universidad de Barcelona.
- Government of Canada. Employment Insurance Act (S.C. 1996, c. 23) <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/e-5.6/>
- Government of Canada. Service Canada. Maternity and/or Parental Benefits Annex 3. <https://www.canada.ca/en/services/benefits/ei/ei-maternity-parental.html>
- Government of Canada. “Digest of Benefit Entitlement Principles Chapter 12 - Maternity benefits” <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/programs/ei/ei-list/reports/digest/chapter-12/table-of-contents.html>
- Government of Canada. “Digest of Benefit Entitlement Principles Chapter 13 - Parental benefits” <https://www.canada.ca/en/employment-social-development/programs/ei/ei-list/reports/digest/chapter-13/table-of-contents.html>
- Kleven, Henrik; Landais, Camille; Egholt Søgaaard, Jakob. (2018) “*Children and gender inequality: evidence from Denmark*”. Working paper 24219. National Bureau of Economic Research. <https://www.nber.org/papers/w24219>
- Monterroza Baleta, Vanessa. (2017) “La licencia de maternidad en Colombia frente al modelo de democracia paritaria”. *Revista Rostros y Rastros* No18. Procuraduría General de la Nación. P.p. 37-43.
- ONU Mujeres (2018) “El progreso de las mujeres en Colombia 2018: Transformar la economía para realizar los derechos”.
- Organisation for Economic Co-operation and Development. OCDE. <https://data.oecd.org/>
- Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo. (2016) Human Development Reports. “Paid parental leave, including mandatory paternity leave” <http://hdr.undp.org/en/content/paid-parental-leave-including-mandatory-paternity-leave>
- Ray, J. C. (2008). *Equality, Parental Leave Policies in 21 Countries: Assessing Generosity and Gender*. Washington: Center for Economic and Policy Research. Tomado de <http://www.lisdatacenter.org/wp-content/uploads/parent-leave-report1.pdf>
- Singapore Government. Ministry of Social and Family Development. Ministry of Manpower. <https://www.mom.gov.sg/employment-practices/leave/shared-parental-leave>
- Singapore Government. Ministry of Social and Family Development. Employees’ Guide to Enhanced Leave Schemes. Marriage & Parenthood Package.

<https://www.mom.gov.sg/~media/mom/documents/statistics-publications/employee-guide-to-enhanced-leave-schemes-english.pdf>

- Singapore Government. Ministry of Social and Family Development. Maternity leave. <https://www.mom.gov.sg/employment-practices/leave/maternity-leave>
- Singapore Government. Ministry of Social and Family Development. Paternity leave. <https://www.mom.gov.sg/employment-practices/leave/paternity-leave>
- Singapore Government. Ministry of Social and Family Development. Shared parental leave. <https://www.mom.gov.sg/employment-practices/leave/shared-parental-leave>
- Singapore Statutes Online. Child Development Co-Savings Act (Act 13 of 2001) y Child Development Co-Savings (Amendment No. 2) Act 2016 (Act 33 of 2016). <https://sso.agc.gov.sg/Act/CDCSA2001>
- Tanaka, S. (2007). Effects of parental leave and work hours on fathers' involvement with their babies. Community, work and family.
- Thevenon, O. (2011). Family Policies in OECD Countries: A Comparative Analysis. Population and Development Review.
- Tribin, A., Vargas, C & Ramírez, N. (2019). "Unintended consequences of maternity leave legislation: The case of Colombia". World development. Elsevier. P.p. 218-323.
- UNESCO (2004). "Participación de las familias en la educación Infantil latinoamericana". Blanco, Rosa; Umayahara, Mami. Tomado de: <http://unesdoc.unesco.org/images/0013/001390/139030s.pdf>
- United Kingdom. Shared parental leave regulations 2014. <http://www.legislation.gov.uk/ukdsi/2014/9780111118856/contents>
- United Kingdom. Shared Parental Leave and Pay. <https://www.gov.uk/shared-parental-leave-and-pay/what-youll-get>
- Valencia, Ana y Lurduy, L. Las mujeres en el mercado laboral en Bogotá. Observatorio de Desarrollo Económico. Alcaldía de Bogotá. 8 de marzo de 2016. Disponible en: <http://observatorio.desarrolloeconomico.gov.co/base/lectorpublic.php?id=823#sthash.byjAKYqh.XLTJ17wK.dpbs> Citado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-075 de 2018.
- Washbrook, E. (2005). The effects of maternity leave policies. Bristol: University of Bristol Department of Economics.

Suscriben,
