



1. Derechos con motivo y durante el embarazo



1. Derechos con motivo y durante el embarazo

1.1 Plazo para el ejercicio de las acciones por despido

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 1679/2003, 16 de enero de 2004.¹² Plazo para el ejercicio de acciones por despido para mujeres embarazadas

Hechos del caso

Dos trabajadoras fueron despedidas del Banco Nacional del Ejército, Fuerza Aérea y la Armada mientras estaban embarazadas. Con motivo del despido, promovieron conjuntamente un amparo en el que reclamaron la inconstitucionalidad del artículo 518 de la Ley Federal del Trabajo. Alegaron que el precepto no establecía una excepción al plazo para presentar una demanda por despido injustificado que atendiera al periodo de incapacidad derivado del embarazo y puerperio al que tenían derecho.

Artículo 518. Prescriben en dos meses las acciones de los trabajadores que sean separados del trabajo. La prescripción corre a partir del día siguiente a la fecha de la separación.

Las trabajadoras argumentaron que no considerar un plazo excepcional en estos casos resultaba incompatible con la licencia de maternidad de 12 semanas establecida en la ley. Además, señalaron que resultaba violatorio de sus derechos que se les impusiera la carga gravosa y excesiva de iniciar acciones legales durante el embarazo —sobre todo cuando el empleador declaró que la causa del despido fue el embarazo de las actoras—.

El tribunal colegiado que conoció del asunto negó el amparo debido a que consideró que el planteamiento de las demandantes, quienes señalaron la norma reclamada como

¹² Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

"incompleta", llevaría a obligar a la autoridad legislativa a reparar la omisión legislativa, lo cual resultaba contrario al principio de relatividad de las sentencias de amparo.

Las dos mujeres interpusieron un recurso de revisión contra la resolución. La Suprema Corte conoció del asunto en tanto se reclamaba la inconstitucionalidad de una norma general. La Segunda Sala determinó que el recurso resultaba infundado y confirmó la sentencia reclamada.

Problema jurídico planteado

¿Es inconstitucional el artículo 518 de la Ley Federal del Trabajo, por no reconocer un plazo distinto y más amplio para ejercer acciones por despido a las trabajadoras en periodo de licencia por maternidad?

Criterio de la Suprema Corte

El artículo 518 de la Ley Federal del Trabajo es constitucional, pues no existe una obligación legal del legislador de reconocer un plazo distinto para ejercer acciones por despido a las trabajadoras en periodo de licencia por maternidad. El reconocimiento de derechos a las trabajadoras embarazadas y la fijación de plazos para el ejercicio de acciones constituyen aspectos jurídicos de diferente naturaleza, que no tienen relación legal alguna.

Justificación del criterio

El artículo 518 de la Ley Federal del Trabajo "no coarta los derechos laborales previstos en el artículo 123 de la Constitución Federal, ya que la finalidad del precepto atacado es evitar que se prolongue indefinidamente la posibilidad de exigir un derecho o la expectativa que se pueda tener sobre una persona, pero ello no redundaría en una negativa para el ejercicio de los derechos sustantivos previstos en el artículo 123 constitucional." (Pág. 17, párr. 1).

En "el artículo 123, inciso A, fracción V, constitucional mencionado sólo se consagran diversos derechos sustantivos; a favor de la mujer embarazada, [...] pero en su texto no se especifica nada respecto de la oportunidad para el ejercicio de las acciones tendientes a hacerlos valer ante la autoridad jurisdiccional; entonces, el hecho de que el artículo 518 de la Ley Federal del Trabajo establezca un plazo para el ejercicio de la acción relativa, sin establecer un plazo mayor a favor de la mujer embarazada, como caso de excepción, no contraviene derecho alguno a favor de la parte trabajadora, puesto que, se insiste, su texto únicamente prevé el plazo en el que prescriben las acciones de los trabajadores que fueron separados de su trabajo, pero tal extremo no redundaría en la negativa o en la limitación en el ejercicio de su derecho." (Pág. 17, párr. 2).

CPEUM 123. A. (...)

V. Las mujeres durante el embarazo no realizarán trabajos que exijan un esfuerzo considerable y signifiquen un peligro para su salud en relación con la gestación; gozarán forzosamente de un descanso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo. En el período de lactancia tendrán dos descansos extraordinarios por día, de media hora cada uno para alimentar a sus hijos;

El hecho de que "el artículo 170, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo disponga el derecho de las madres trabajadoras a disfrutar de un descansos de seis semanas anteriores y seis posteriores al parto, no obliga al legislador a que en materia de prescripción también estableciera un plazo especial para su cómputo, pues no existe razón legal para ello, sobre todo, porque el mencionado artículo 170 prevé de manera específica y singular derechos sustantivos a favor de las madres trabajadoras; y por su parte, el artículo 518 señala el plazo para que opere la prescripción para el ejercicio de la acción respectiva de quienes fueron separados de su trabajo, sin distinción alguna; luego, se está en presencia de aspectos jurídicos de diferente naturaleza, que no tienen relación legal alguna. Por lo tanto, no es factible declarar inconstitucional el artículo impugnado, por la sola circunstancia de que no se refiera al caso particular previsto en otro numeral. [No] es posible derivar la inconstitucionalidad de un precepto por contravenir el texto de otro numeral de algún ordenamiento local, ya que su inconstitucionalidad sólo puede originarse por su contravención a algún precepto de la Constitución Federal." (Pág. 18, párr. 1).

De este modo, "los términos en que está redactado el artículo tildado de inconstitucional no influyen en el ejercicio de ninguno de los derechos sustantivos consagrados en el artículo 123 constitucional a favor de la parte trabajadora, de manera concreta, en los derechos de las mujeres embarazadas que laboran para un patrón, ya que [...] su contenido sólo busca precisar el plazo para el ejercicio de las acciones orientadas a impugnar su separación del trabajo, a fin de que no quede en la indefinición dicho ejercicio en detrimento del principio de seguridad jurídica de las partes; pero ello no implica, en modo alguno, un menoscabo o una privación del ejercicio, de sus derechos sustantivos previstos en la Constitución Federal." (Pág. 19, párr. 1)

1.2 Subsidio por maternidad

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 1551/2006, 18 de octubre de 2006.¹³ Periodo de conservación de derechos en caso de subsidio por maternidad

Hechos del caso

Una mujer embarazada fue dada de baja del sistema de seguridad social desde el 29 de febrero de 2004. Dio a luz en mayo, por lo que el 7 de abril y el 10 de mayo del mismo año el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) expidió para ella dos certificados de incapacidad por maternidad, correspondientes al periodo de embarazo, alumbramiento y puerperio.

¹³ Unanimidad de votos. Ponente. Ministro Juan Díaz Romero.

Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo. [...]

Artículo 109. El asegurado que quede privado de trabajo remunerado, pero que haya cubierto inmediatamente antes de tal privación un mínimo de ocho cotizaciones semanales ininterrumpidas conservará durante las ocho semanas posteriores a la desocupación, el derecho a recibir, exclusivamente la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria. Del mismo derecho disfrutarán sus beneficiarios.

Artículo 102. Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el artículo anterior, se requiere:

- Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;
- Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y
- Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los periodos anteriores y posteriores al parto.

Si la asegurada estuviera percibiendo otro subsidio, se cancelará el que sea por menor cantidad

El periodo de conservación de derechos, regulado en el artículo 109 de la LSS de 1997, es el periodo de 8 semanas posteriores a que el asegurado deja de contar con un trabajo remunerado en el que, siempre que tenga 8 semanas previas de cotización, él y sus beneficiarios tienen derecho a recibir asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria. Previamente, el artículo 66 de la LSS de 1943, establecía: **ARTÍCULO 66.** El asegurado que quede privado de trabajos remunerados, pero que haya cubierto, inmediatamente antes de tal privación, un mínimo de seis cotizaciones semanales ininterrumpidas conservará, durante seis semanas posteriores a la desocupación, el derecho a recibir las prestaciones correspondientes al seguro de enfermedades no profesionales y maternidad

En enero de 2005, la mujer acudió a solicitar el pago del subsidio en dinero correspondiente a los certificados de incapacidad conforme al artículo 101 de la Ley del Seguro Social. El subdelegado del IMSS se negó a cubrir el pago dado que —señaló— la mujer no cumplía con los requisitos necesarios, pues no estaba inscrita en el sistema de seguridad social a la fecha en que los certificados fueron expedidos, por ello, tenía derecho únicamente a las prestaciones señaladas en el artículo 109 de la Ley, que establece lo correspondiente al periodo de conservación de derechos.

La mujer promovió una demanda de amparo en contra de esta resolución y argumentó que cumplía con los requisitos del artículo 102 de la Ley del Seguro Social para acceder al subsidio, pues tenía más de 30 semanas de cotización en el Seguro antes de la emisión del primer certificado y no había ejecutado ningún trabajo durante los periodos cubiertos correspondientes al certificado de incapacidad. Señaló que el artículo 109 del mismo ordenamiento resultaba contrario a la garantía de irretroactividad porque, en la norma actual, las personas en el periodo de conservación de derechos no tienen acceso al subsidio en dinero, mientras que antes de la reforma el periodo de conservación de derechos incluía la posibilidad de acceder a estas prestaciones en dinero.

La trabajadora señaló que el artículo 109, que establece que durante el periodo de conservación de derechos se puede acceder exclusivamente a la asistencia médica y de maternidad, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria y no a las prestaciones económicas del seguro de maternidad, resultaba contrario a sus derechos, pues la Ley del Seguro Social de 1943, que estaba vigente cuando ella comenzó a cotizar dentro del sistema de seguridad social, reconocía la posibilidad de acceder también a las prestaciones en dinero durante este periodo. Por ello, demandar el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Ley del Seguro Social que entró en vigor en 1997 para acceder a las prestaciones económicas del seguro de maternidad implicaba una aplicación retroactiva de la ley en su perjuicio.

El juez de distrito determinó sobreseer el asunto, por lo que la mujer interpuso un recurso de revisión. En su resolución, el tribunal colegiado confirmó parcialmente la sentencia del juez de distrito. Sin embargo, estimó que la cuestión de constitucionalidad planteada debía ser analizada por la SCJN, por lo que remitió el asunto para su consideración. La Segunda Sala negó la protección a la trabajadora en contra del artículo 109 de la Ley del Seguro Social, modificado el 21 de diciembre de 1995, y su acto de aplicación.

Problema jurídico planteado

¿Es contrario a la garantía de irretroactividad aplicar las condiciones del periodo de conservación de derechos, en cuanto al seguro por maternidad, de la Ley del Seguro Social de

1997 a una mujer que comenzó a cotizar mientras estaba vigente la Ley de 1943 y solicita el pago de las prestaciones en dinero correspondientes al seguro de maternidad?

Criterio de la Suprema Corte

La Ley del Seguro Social de 1997, que eliminó la posibilidad en el periodo de conservación de derechos de acceder a las prestaciones económicas del seguro de maternidad, obedeció al déficit crónico del sistema de seguridad social. Esta modificación no puede calificarse como retroactiva, pues la nueva ley reconoce dos derechos diversos, por una parte, el artículo 101, el derecho de las trabajadoras aseguradas a las prestaciones derivadas del seguro de maternidad en especie y en dinero, mientras el artículo 109 reconoce el periodo de conservación de derechos para personas que han dejado de estar aseguradas y tienen derecho a las prestaciones en especie correspondientes.

Justificación del criterio

En la "prerrogativa prevista en los artículos 56, 57 y 59 de la Ley del Seguro Social, publicada el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y tres, el legislador estimó necesario tutelar a los trabajadores que quedaran desempleados, durante un período determinado a partir de la desocupación, lapso en el cual continuarían gozando de las prestaciones sociales concernientes al ramo de maternidad, entre ellas, las de carácter económico." (Pág. 19, párr. 1).

"Luego, la mujer trabajadora que por alguna cuestión dejaba de tener la calidad de asegurada tenía derecho a exigir el pago de las prestaciones en especie o en dinero, durante el plazo de seis semanas posteriores a la desocupación, si se actualizaba en este período la eventualidad protegida en el seguro de maternidad, por tratarse de la conservación de sus derechos a la seguridad social que buscó la protección de la salud de la mujer embarazada y sus hijos, siempre que tuviese un mínimo de cotizaciones anteriores a su baja." (Pág. 19, párr. 2).

"La conservación de derechos en el ámbito de la maternidad, que sin duda redundó en beneficio de las mujeres trabajadoras que habían dejado de laborar, así como la prestación del subsidio a la asegurada trabajadora, se reiteraron casi en los mismos términos en la Ley del Seguro Social, publicada en el órgano oficial el doce de marzo de mil novecientos setenta y tres, pero en la actual que entró en vigor el uno de julio de mil novecientos noventa y siete, si bien pervivieron ambos derechos, tuvieron varias modificaciones y precisiones." (Pág. 20, párr. 2).

En la Ley de 1997 se estableció que "En relación con la prestación del subsidio.

- Sólo pueden gozar de esta prestación de maternidad los que tengan la calidad de asegurado, entre ellos, la mujer trabajadora, y se pagará por períodos vencidos de una semana durante el lapso de cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores a él, en un monto idéntico al cien por ciento del último salario diario de cotización." (Pág. 28, párr. 2).

"Una vez cumplidos [los requisitos cualitativos y temporales señalados en la norma], nace el derecho de la mujer al disfrute del subsidio establecido en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social, que será a partir de que se certifique el estado de embarazo, por lo que, si en esa fecha no se tenía la calidad de trabajadora asegurada, es evidente que por más que se cumplan los otros elementos, no se habrá actualizado dicha prerrogativa." (Pág. 29, párr. 3).

"En relación con la conservación de derechos.

- Sólo pueden gozar de esta prestación de maternidad las que hayan dejado de tener la calidad de aseguradas, que a diferencia del artículo 66 de la Ley del Seguro Social, publicada el diecinueve de enero de mil novecientos cuarenta y tres, en el que se preveía la prórroga para recibir las mismas prestaciones por ese rubro en un plazo determinado, ahora únicamente se tiene derecho a recibir por esa maternidad, asistencia médica, quirúrgica, farmacéutica y hospitalaria que sea necesaria, sin incluir prestaciones dinerarias como el subsidio, debido al déficit crónico que tenía dicho seguro, según se reiteró durante el proceso legislativo con el que culminó la vigente Ley del Seguro." (Pág. 30, párr. 1).

"Las anteriores consideraciones forman convicción de que los artículos 101 y 109 de la actual Ley del Seguro Social establecen prestaciones asistenciales de duración determinada en maternidad que tienen una naturaleza disímbola, siendo la más relevante que no son idénticas las beneficiarias, porque en el primer supuesto es indispensable ser trabajadora asegurada y, en el segundo, que no tenga esta calidad o que haya dejado de tenerla, de tal suerte que la disposición legal impugnada no contraviene la garantía prevista en el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Federal, si se pondera que el citado privilegio de la conservación de derechos no modifica o afecta derechos que la trabajadora hubiese adquirido en el período en que haya tenido el carácter de asegurada, ya que no contiene precisión en ese sentido ni se advierte que produzca ese efecto, en la medida de que si al día en que se certifique el estado de embarazo, la mujer tiene la calidad de trabajadora asegurada y reúne, además, los requisitos del artículo 102 de esa ley, disfrutará de las prestaciones de maternidad como el subsidio, pero si al día de esa certificación había dejado de ser trabajadora asegurada, no se habrá actualizado el derecho al pago de ese subsidio, pues no se cumplieron todos los componentes o hipótesis del artículo 101, siendo este último caso el que regula el señalado precepto 109, al contemplar la

prórroga de las prestaciones, en especie, tratándose del seguro de maternidad." (Pág. 32, párr. 2).

El artículo 14 constitucional "instituye una garantía de seguridad jurídica hacia los gobernados, como un límite para el ejercicio de las facultades de las autoridades estatales en sus diversas funciones, primordialmente, en relación con los perjuicios que se pueden ocasionar con la expedición o aplicación de una ley, a actos o hechos realizados con antelación a su vigencia.

La precisada retroactividad prohibida en el artículo transcrito consiste en que las normas legales no deben obrar o aplicarse hacia el pasado, afectando hechos acontecidos con anterioridad a su nacimiento o su vigencia, pero en sentido contrario, sí pueden aplicarse las normas legales en beneficio del particular, porque en realidad la retroactividad de la aplicación de la ley se limita a normas desfavorables, pues para la aplicación de las favorables rige el principio contrario." (Pág. 33, párrs. 3-4).

Atendiendo al contenido de esta garantía, "el artículo 109 de la Ley del Seguro Social no lesiona o modifica derechos que la trabajadora hubiese adquirido como asegurada en el ramo de maternidad, en especial, respecto del subsidio, habida cuenta que esta prestación asistencial nace si además de cumplir con los requisitos formales establecidos en el artículo 102 de esa ley, en la fecha de la certificación del estado de embarazo tiene la calidad de trabajadora asegurada; de lo contrario, no se habrán actualizado todos los supuestos de la norma jurídica que instituye ese beneficio económico ni se configurará un derecho adquirido en favor de la mujer trabajadora, cuya hipótesis puede ser regulada válidamente por otra disposición legal como la que ahora se impugna, al no menoscabar algún otro derecho por maternidad, pues sólo refleja el propósito del legislador de proteger a la mujer que ha dejado de ser asegurada mediante la prórroga por un lapso determinado de algunas prestaciones en especie." (Pág. 37, párr. 1).

Por todo lo expuesto, "[...] son infundados los conceptos de violación que la quejosa expone en relación con la garantía de irretroactividad de la ley consagrada en el artículo 14, párrafo primero, de la Constitución Federal." (Pág. 38, párr. 1).

"No está por demás agregar que el artículo 109 de la Ley del Seguro Social se encuentra en armonía con las previsiones que el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, de la Constitución Federal, señala en relación con la seguridad social, porque la prórroga en la conservación de derechos de la mujer en la maternidad tiende a su protección y bienestar, aunque se trate sólo de prestaciones en especie, erigiéndose en un derecho real de seguridad social para las que dejaron de estar aseguradas en el régimen obligatorio, por haber quedado privadas de su trabajo." (Pág. 41, párr. 2).

SCJN, Segunda Sala, Amparo Directo en Revisión 3217/2018, 6 de marzo de 2019.¹⁴ Obligación del empleador de pagar el salario íntegro de la persona embarazada durante el periodo de incapacidad

Hechos del caso

Una mujer entró a trabajar a una empresa en julio de 2013. En diciembre de ese año le fue otorgado un certificado de incapacidad por embarazo por el Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS). En enero de 2014, el director del IMSS de la región le notificó a la trabajadora que el Instituto no cubriría el subsidio correspondiente al periodo de incapacidad por maternidad previsto en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social. Estableció que la trabajadora no había cumplido todavía con las 30 semanas de cotización obligatorias, por lo que el patrón tenía que asumir el pago íntegro de las licencias.

En febrero de 2014, debido a la falta de pago de la licencia de maternidad, la mujer demandó ante la Junta de Conciliación y Arbitraje al IMSS y a su patrón para obtener el pago de la incapacidad en términos de la Ley del Seguro Social. En su sentencia, la Junta determinó que correspondía al empleador el pago de la incapacidad y absolvió al IMSS de las prestaciones reclamadas.

Inconforme con la resolución, la empleadora promovió un juicio de amparo. En su demanda señaló que el artículo 103 de la Ley del Seguro Social era inconstitucional al imponer al empleador la obligación de pagar íntegramente el salario cuando la trabajadora no hubiera cotizado al menos 30 semanas durante el periodo de 12 meses anteriores a la fecha en que debe iniciarse el pago del subsidio. La empresa argumentó que esa exigencia vulnera el derecho de igualdad en el acceso al trabajo, el derecho al trabajo digno y socialmente útil, y el derecho a la seguridad social de las mujeres, porque obliga a los patrones a discriminarlas en el acceso al trabajo para evitar un perjuicio económico en contra de la empresa.

En su resolución, el tribunal colegiado negó el amparo y determinó que el artículo era constitucional. Además, señaló que el argumento de la empresa estaba basado en actos futuros de realización incierta que no podían ser base para considerar la inconstitucionalidad de la norma, pues suponía consecuencias de la norma que no se habían actualizado. Contra esta decisión, la empresa interpuso un recurso de revisión.

En el recurso, la empresa señaló que imponer el pago del subsidio al empleador cuando la trabajadora no ha cumplido 30 semanas de cotización lo obliga a solicitar pruebas de embarazo en la contratación de mujeres para evitar perjuicios económicos en su contra.

¹⁴ Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ministro José Fernando Franco González Salas.

“Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización [...] Artículo 102. Para que la asegurada tenga derecho al subsidio que se señala en el artículo anterior, se requiere: I. Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el periodo de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio; [...] Artículo 103. El goce por parte de la asegurada del subsidio establecido en el artículo 101, exime al patrón de la obligación del pago del salario íntegro [...]. Cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro”.

Esta medida —argumentó— genera una exclusión de las mujeres del campo laboral. El IMSS interpuso una revisión adhesiva en la que señaló que los artículos reclamados no son discriminatorios, sino que implican una salvaguarda de los derechos laborales, económicos y de bienestar de las madres trabajadoras.

La Corte determinó admitir el asunto para resolver si el periodo de cotización, establecido en el artículo 103 de la Ley de Seguridad Social para el pago subsidio por parte del Estado en caso de incapacidad por maternidad impide la protección de la igualdad al acceso al trabajo de la mujer embarazada. En su sentencia, la Segunda Sala negó el amparo y determinó que el artículo era constitucional y que la libertad de contratación de las empresas está limitada por derechos como la seguridad social de las trabajadoras.

Problema jurídico planteado

¿Es inconstitucional el artículo 103 de la Ley del Seguro Social que obliga a los empleadores a pagar el subsidio de incapacidad por embarazo cuando las trabajadoras no hayan cumplido el periodo mínimo de cotización, por incentivar o provocar actos de discriminación en perjuicio de la mujer?

Criterio de la Suprema Corte

El artículo 103, párrafo segundo, de la Ley del Seguro Social está justificado constitucional y convencionalmente, dado que se estableció para evitar abusos y garantizar el derecho a la seguridad social. Obligar a los empleadores al pago del subsidio antes de las 30 semanas de cotización no representa una carga desproporcionada para la empresa, que está en la posibilidad de presupuestar y asumir el costo de incapacidades por maternidad que excepcionalmente ocurren antes de cumplir con el periodo de espera.

El derecho a la libertad de contratación no es absoluto, por lo que las empresas, en principio, no pueden negar el acceso al trabajo a una mujer embarazada. Excluir a las mujeres de su derecho de acceso al trabajo con motivo del embarazo constituiría una discriminación directa atribuible al empleador, que está prohibida y es sancionada por disposiciones de orden público que tienden a proteger los derechos humanos de las trabajadoras.

Justificación del criterio

"No puede soslayarse la grave situación de discriminación que enfrentan las mujeres en el acceso al trabajo en nuestro país, de manera que los Tribunales no pueden pasar por alto, alegaciones que tienen como sustento una afirmación permisiva, y de normalización, de actos de discriminación en un contexto de desigualdad, los cuales deben ser prevenidos, investigados, sancionados y reparados." (Pág. 14, párr. 1).

Artículo 103. El goce por parte de la asegurada del subsidio establecido en el artículo 101, exime al patrón de la obligación del pago del salario íntegro a que se refiere la fracción V del artículo 170 de la Ley Federal del Trabajo, hasta los límites establecidos por esta Ley. Cuando la asegurada no cumpla con lo establecido en la fracción I del artículo anterior, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro

En materia de seguridad social, el tiempo de espera se refiere al número de cotizaciones semanales por las que se ha pagado una determinada cuota, que generan el derecho a una prestación, ya sea en dinero o en especie

En relación con la protección de las madres trabajadoras, "el seguro incluye dos tipos de prestaciones: en especie y en dinero. Conforme al segundo párrafo del artículo 85 de la Ley del Seguro Social, el disfrute de las prestaciones de maternidad iniciará a partir del día en que el Instituto certifique el estado de embarazo. La certificación señalará la fecha probable del parto, la cual servirá de base para el cómputo de los cuarenta y dos días anteriores a aquél, para los efectos del disfrute del subsidio (prestación económica)." (Pág. 18, párr. 4).

"La prestación en dinero de ese seguro consiste en que la asegurada gozará durante el embarazo y el puerperio de un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización, que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores a éste, de acuerdo con el artículo 101." (Pág. 20, párr. 1).

"Para tener derecho al subsidio, el artículo 102 de la Ley del Seguro Social establece los siguientes requisitos:

- a) Que haya cubierto por lo menos treinta cotizaciones semanales en el período de doce meses anteriores a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio;
- b) Que se haya certificado por el Instituto el embarazo y la fecha probable del parto, y
- c) Que no ejecute trabajo alguno mediante retribución durante los períodos anteriores y posteriores al parto." (Pág. 20, párr. 2)

"En el caso de que la asegurada no cuente con el mínimo de treinta semanas cotizadas en el período de doce meses anterior a la fecha en que debiera comenzar el pago del subsidio, quedará a cargo del patrón el pago del salario íntegro." (pág. 20, párr. 3).

La obligación de pago asignada al patrón cuando no cumple con el mínimo de semanas requeridas "deriva de un mandato de protección a favor de la mujer trabajadora directo previsto en el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal" (pág. 23, párr. 2). Por lo que, de acuerdo con la Constitución y las normas aplicables, "puede advertirse que la obligación de pagar el salario íntegro de la trabajadora embarazada no la impone la Ley del Seguro Social, sino que originalmente corresponde al empleador, en términos de la propia legislación laboral. [...] La norma impugnada establece un período de espera en el seguro de maternidad del régimen obligatorio del Instituto Mexicano del Seguro Social, por tanto, su justificación constitucional y convencional se encuentra en las bases mínimas del derecho de la seguridad social." (Pág. 25, párrs. 1 y 3).

De acuerdo con el artículo 51 del Convenio 102, relativo a la Norma Mínima de la Seguridad Social de la Organización Internacional del Trabajo, "[...] está justificado, por ser necesario para la viabilidad del seguro de maternidad, establecer períodos de espera o calificación

a efecto de gozar de las prestaciones de ese seguro, con el fin de evitar abusos." (Pág. 28, párr. 1).

Luego, el establecimiento de esos periodos de espera tiene una justificación expresa en las propias bases convencionales del derecho a la seguridad social. Su objetivo además es imperioso, atendiendo a que el legislador debe garantizar el diseño de planes de seguro social viables financieramente que permitan a todos los asegurados acceder a un nivel suficiente de prestaciones." (Pág. 28, párr. 2). En conclusión, "[...] el período de espera de que se trata se estableció con la referida finalidad de evitar abusos y garantizar la viabilidad financiera del sistema." (Pág. 28, párr. 3).

"Respecto a la razonabilidad del plazo de treinta semanas, debe precisarse lo siguiente. De acuerdo con la Norma Oficial Mexicana NOM 007-SSA2-2016, para la atención de la mujer durante el embarazo, parto y puerperio, y de la persona recién nacida, se considera recién nacido a término a aquel cuya gestación haya sido de 37 semanas a menos de 42." (Pág. 30, párr. 1).

"Si se toma en cuenta que, en términos del artículo 170, fracción II, de la Ley Federal del Trabajo, el descanso por maternidad equivale a seis semanas anteriores al parto y otras seis con posterioridad a éste, puede advertirse que el Instituto Mexicano del Seguro Social se subrogará al patrón en la mayoría de los casos en los que el embarazo ocurra después del alta en el régimen obligatorio." (Pág. 30, párr. 2).

"Sólo en los casos de excepción, en los que el alta en el régimen obligatorio ocurra con posterioridad al inicio de la gestación y ese lapso impida acumular el período exigido por la ley, el patrón deberá asumir el pago del salario. Con ello se advierte que la carga para el patrón no incide en la totalidad de sus trabajadoras embarazadas, sino sólo de aquellas que no alcanzan a cubrir las treinta semanas de cotización en el período de doce meses anteriores al inicio del pago del subsidio. [...] Cabe destacar que algunos empleadores no inscriben oportunamente a sus trabajadores, de manera que es viable también la medida como un incentivo para que inscriban a sus trabajadoras desde el primer día de trabajo." (Pág. 30, párrs. 3-4).

"Frente a esta situación, no representa una carga desproporcionada para la empresa presupuestar y asumir el costo de incapacidades por maternidad que excepcionalmente ocurren antes de cumplir con el período de espera, y ese costo es inferior al beneficio que obtiene el sistema en beneficio de los asegurados, al tener un parámetro cierto y razonable que permite evitar abusos en un trámite que involucra anualmente aproximadamente 260,000 solicitudes de incapacidad; entre esos abusos, pueden mencionarse las inscripciones provisionales con el sólo objeto de obtener la protección con motivo del embarazo, sin que exista relación laboral, o bien que no procure el aseguramiento oportuno y continuo de todos los trabajadores mientras dure el vínculo laboral." (Pág. 31, párr. 1).

Además, "debe decirse que el derecho a la libertad de contratación no es absoluto, por lo que las empresas en principio, no pueden negar el acceso al trabajo a una mujer embarazada, pues ello constituiría una discriminación directa atribuible al empleador que de suyo está prohibida y sancionada por disposiciones de orden público que tienden a proteger los derechos humanos de las trabajadoras." (Pág. 31, párr. 2).

Por todo lo anterior, "no puede representarse como viable afirmar que la norma incentiva decisiones que entrañan el incumplimiento de una prohibición expresa para los patrones, que constituyen una infracción a las leyes laborales, y que pueden actualizar un delito." (Pág. 34, párr. 1).

"[...] [L]o que se espera es que el empleador debe tomar las medidas necesarias para prevenir y mitigar prácticas y actividades propias que provoquen o contribuyan a infringir derechos de terceros; independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura, la magnitud y sanciones en función de esos factores puede variar. Entre esas medidas, se deben presupuestar, como parte de la operación de la empresa, las incapacidades no cubiertas por el Instituto Mexicano del Seguro Social, que ordinariamente en trabajos formales y estables, deben ser casos de excepción." (Pág. 34, párr. 2).

"El empleador debe contar con políticas y procedimientos adecuados en función de su tamaño y circunstancias bajo el principio de que una mujer no puede ser discriminada durante el período de búsqueda del mismo por razones de su función reproductiva, si el efecto negativo no guarda estrecha relación con los requisitos inherentes al puesto de trabajo en cuestión." (Pág. 34, párr. 3).

En conclusión, "[...] el artículo 103, párrafo segundo de la Ley del Seguro Social se encuentra justificado en las bases constitucionales y convencionales del derecho a la seguridad social, y que el costo que su aplicación genera en perjuicio de los empleadores no es suficiente para sostener su invalidez por motivo de discriminación indirecta en perjuicio de las mujeres." (Pág. 38, párr. 2).

SCJN, Segunda Sala, Amparo en Revisión 955/2019, 4 de marzo de 2020.¹⁵ Subsidio de maternidad en caso de parto prematuro

Hechos del caso

Una mujer embarazada dio a luz a su hija antes de la fecha que su médico familiar del Instituto Mexicano del Seguro Social (IMSS) había señalado como probable. Cuando la mujer acudió a solicitar el pago de su subsidio de maternidad, el Instituto se negó a pagar los 42 días anteriores al parto y a otorgar la incapacidad para trabajar durante ese periodo,

¹⁵ Unanimidad de votos. Ponente: Ministro Javier Laynez Potisek.

pues señaló que la Ley del Seguro Social vigente y el Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social no contemplaban los casos de parto prematuro o pretérmino para la prestación del subsidio, por lo que no existía fundamento legal para otorgar el pago solicitado.

La mujer presentó, por propio derecho y en representación de su hija, una demanda de amparo contra esta resolución. Reclamó que los artículos 101 de la Ley del Seguro Social¹⁶ y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social eran contrarios al principio de igualdad y no discriminación e implicaban una omisión legislativa, por no contemplar el supuesto de parto prematuro. Entre otras cosas, la mujer señaló que la discusión, aprobación, promulgación y publicación de los artículos señalados, así como la resolución del IMSS, la privaban del derecho a la protección de la maternidad reconocido en el artículo 123, apartado A, fracción V constitucional, y violaban el derecho a la protección de la salud de ella y de su hija.

El juez de distrito reconoció como actos reclamados únicamente la aprobación, expedición, promulgación y publicación de los artículos impugnados, así como la aplicación de dichos artículos. Sin embargo, sobreescribió el amparo en relación con la resolución del IMSS que negó a la mujer el pago del subsidio correspondiente, al estimar que su respuesta no constituía un acto de autoridad para efectos del juicio de amparo, pues había actuado en su calidad de asegurador. Inconforme con la sentencia, la mujer interpuso un recurso de revisión.

El tribunal colegiado decidió conocer del acto emitido por el IMSS y reservó a la SCJN la jurisdicción para que se pronunciara respecto de la constitucionalidad de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS. En su resolución, la Corte hizo una interpretación conforme de los artículos reclamados y determinó que la mujer tenía derecho al pago de una reparación por el daño que las determinaciones anteriores causaron. La reparación consistió en una compensación económica, equivalente al pago de los días que laboró con motivo de la negativa como días en los que no estaba obligada a prestar sus servicios.

Problemas jurídicos planteados

1. ¿Las mujeres que tienen partos prematuros tienen derecho a gozar del subsidio y la licencia por maternidad correspondiente a las semanas previas al parto?

Artículo 143. En los casos de incapacidad por maternidad, el lapso que se acredite se determinará en días naturales. Tratándose del certificado de incapacidad prenatal comprenderá los 42 días anteriores a la fecha que se señale como probable del parto. Cuando la fecha probable del parto determinada por el médico no concuerde con la real de aquél, los certificados de incapacidad que se expidan antes del parto y después del mismo, deberán ajustarse a lo siguiente: I. Si el periodo anterior al parto excede a los 42 días, para amparar los días excedentes se expedirán certificados de enlace por enfermedad general, por lapsos renovables, desde uno y hasta un máximo de siete días, en los términos establecidos en la fracción IV del artículo 140 de este Reglamento requiriendo el médico o estomatólogo de la autorización de su jefe inmediato o de quien en su ausencia funja como tal, a partir del segundo periodo de siete días, y II. En los casos en que el parto ocurra durante el periodo de la incapacidad prenatal, el subsidio correspondiente únicamente a los días transcurridos; los días posteriores amparados por este certificado pagados y no disfrutados serán ajustados respecto del certificado de incapacidad posparto, cuando la asegurada no haya estado bajo control y tratamiento médico institucional o cuando se trate de producto prematuro. El certificado de incapacidad posparto se expedirá invariablemente por 42 días a partir de la fecha del parto. Las disposiciones anteriores se aplicarán exclusivamente a mujeres aseguradas.

¹⁶ "Artículo 101. La asegurada tendrá derecho durante el embarazo y el puerperio a un subsidio en dinero igual al cien por ciento del último salario diario de cotización el que recibirá durante cuarenta y dos días anteriores al parto y cuarenta y dos días posteriores al mismo. En los casos en que la fecha fijada por los médicos del Instituto no concuerde exactamente con la del parto, deberán cubrirse a la asegurada los subsidios correspondientes por cuarenta y dos días posteriores al mismo, sin importar que el período anterior al parto se haya excedido. Los días en que se haya prolongado el período anterior al parto, se pagarán como continuación de incapacidades originadas por enfermedad. El subsidio se pagará por períodos vencidos que no excederán de una semana".

2. ¿Los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS al no contemplar el supuesto de los partos prematuros que ocurren con anterioridad al periodo de descanso prenatal contravienen los derechos de igualdad, a la salud y seguridad social?

3. ¿Cuál debe ser el efecto de la concesión del amparo una vez que se determinó que la trabajadora tenía derecho a gozar del total de 12 semanas de licencia de maternidad, así como recibir el subsidio correspondiente?

Crterios de la Suprema Corte

1. Las mujeres que alumbran de forma prematura tienen derecho a gozar de las 12 semanas de licencia reconocidas como derecho tanto constitucional como convencional. En caso de que el periodo prenatal se reduzca por un parto prematuro, el tiempo faltante de la licencia por etapa prenatal deberá otorgarse junto con la etapa posnatal hasta completar el mínimo de 12 semanas de licencia y su correspondiente pago periódico.

2. Es necesario realizar una interpretación conforme de los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del IMSS, que no contemplan el supuesto de los partos prematuros que ocurren con anterioridad al periodo de descanso prenatal. Para garantizar los derechos de las trabajadoras embarazadas, en caso de partos prematuros, se debe autorizar el disfrute del periodo de descanso prenatal restante después del parto, es decir, conjuntamente con la etapa de puerperio. El periodo de incapacidad por maternidad nunca debe ser inferior a 12 semanas.

3. Dado que en el caso se ocasionó un daño inmaterial a la mujer y a su hija, el IMSS debe indemnizarla como medida de reparación del daño. El monto de la indemnización debe calcularse con base en el doble del subsidio que debió recibir por el periodo de incapacidad prenatal que se le negó, pues la trabajadora fue obligada a regresar a su empleo en un periodo en el que debió disfrutar la licencia por maternidad.

Justificación de los criterios

1. La protección a la salud de mujeres embarazadas y sus hijos es un derecho reconocido en la Constitución desde su creación en 1917. "[E]l derecho a no realizar esfuerzos físicos que signifiquen un peligro para la salud de la mujer en relación con la gestación, debe abarcar toda la etapa del embarazo. Además, se estableció un descanso forzoso de seis semanas anteriores a la fecha fijada aproximadamente para el parto y seis semanas posteriores al mismo, debiendo percibir su salario íntegro y conservar su empleo y los derechos que hubieren adquirido por la relación de trabajo" (párr. 25). Estos preceptos tienen el propósito de "[...] preservar tanto la salud de la mujer como la del producto de la concepción en los periodos de gestación y lactancia" (Párr. 28).

"[E]l derecho de protección en el embarazo y la maternidad no sólo constituye un factor para proteger la salud de la madre y su hijo, sino que, al constituir un aspecto fundamental para garantizar la no discriminación de la mujer en el empleo, se traduce en un derecho que permite el acceso al trabajo decente en la medida en que permite a la mujer acceder a las condiciones mínimas de bienestar para ella y su familia." (Párr. 35).

"[L]a protección a la mujer en el trabajo durante el periodo de maternidad no sólo constituye un derecho del que debe gozar frente al patrón, pues también se complementa con la posibilidad de acceder a los derechos de seguridad social, que acorde con el artículo 123, apartado A, fracción XXIX de la Constitución Federal, es de utilidad social." (Párr. 36).

En atención a los parámetros constitucionales y convencionales en la materia, "las normas mínimas de protección a la maternidad, deberán comprender el periodo de embarazo, el parto y sus consecuencias, así como la suspensión de ganancias resultantes de los mismos." (Párr. 40).

"En lo que respecta al embarazo, al parto y sus consecuencias, las prestaciones médicas de maternidad deben comprender asistencia médica, es decir, asistencia prenatal, asistencia durante el parto, asistencia puerperal y la hospitalización cuando sea necesaria. Esta prestación tiene como objeto conservar, restablecer o mejorar la salud de la mujer protegida, así como su aptitud para el trabajo y para hacer frente a sus necesidades personales." (Párr. 41).

"En cuanto a la supresión de ganancias resultante del embarazo, del parto y de sus consecuencias, la prestación consistirá en un pago periódico" (párr. 42). "Estas prestaciones, las médicas y la de subsidio por supresión de ganancias, deberán concederse durante todo el transcurso del embarazo. Sin embargo, los pagos periódicos podrán limitarse a doce semanas, a menos que la legislación nacional imponga un periodo de abstención de trabajo. En todo caso, los pagos periódicos no pueden limitarse a un menor periodo de duración." (Párr. 43).

"[E]l derecho de protección a la maternidad implica la convergencia de derechos como el de protección a la salud de la madre y su hijo, la no discriminación de la mujer en el empleo, la estabilidad laboral y el desarrollo familiar." (Párr. 44). En este sentido, "[...] el derecho a disfrutar de un descanso y a recibir un pago periódico por razones de maternidad, constituyen derechos que no son susceptibles de ser divididos o fragmentados. Esto es, si bien en atención al derecho a la salud de la madre/trabajadora y su hijo, ésta tiene derecho a disfrutar de un descanso durante el periodo de maternidad, lo cierto es que no se puede actualizar el disfrute de ese derecho sin que reciba pago de una remuneración que le permita subsistir y sostener las necesidades básicas para el bienestar de su familia y vice-

versa, tampoco es posible considerar que la trabajadora reciba el pago periódico correspondiente, sin disfrutar del descanso de maternidad respectivo." (Párr. 46).

Tanto las normas convencionales como las constitucionales "contemplan un periodo de descanso por maternidad y un pago periódico por doce semanas, con la distinción de que la norma convencional establece expresamente que estas prestaciones no podrán ser menores al mencionado periodo, en cambio, una interpretación literal y restringida de la Constitución podría llevar a concluir que existen casos en los que la asegurada podría recibirlas por un lapso menor al de doce semanas." (párr. 52); sin embargo, "[...] a fin de atender al parámetro mínimo convencional, la norma constitucional debe interpretarse en el sentido de que la mujer embarazada tiene derecho a un descanso obligatorio de seis semanas anteriores a la fecha probable de parto y seis semanas posteriores a este. No obstante, en el caso de que el periodo prenatal se recorte en virtud de que el parto se suscite antes de la fecha programada por el médico o bien, que la madre trabajadora se vea imposibilitada para disfrutarlo en virtud de un parto prematuro anterior a la mencionada etapa, el periodo prenatal que no pueda disfrutarse, deberá otorgarse de manera conjunta con la etapa posnatal hasta completar el mínimo de doce semanas de descanso y su correspondiente pago periódico." (Párr. 58).

"[Atendiendo] a las complicaciones que pudieran desarrollarse en el embarazo que eventualmente pueden dar lugar a un parto prematuro, el garantizar que la madre trabajadora pueda disfrutar de manera conjunta de los dos periodos de descanso, se constituye en una garantía de protección a la salud de ella y su hijo, en tanto que ambos requieren de cuidados y atenciones especiales, en comparación con los embarazos que llegan a su término" (párr. 60). Por lo que "[...] debe considerarse que las madres trabajadoras que tiene [sic] un parto prematuro presentan una doble necesidad de protección, pues si una madre que 'llega a término' requiere de tiempo para recuperarse ella misma y para procurar los cuidados del recién nacido, [...] con mayor razón necesitan de ese tiempo de recuperación y procuración del recién nacido las madres de bebés prematuros, pues [...] regularmente presentan una mayor fragilidad de salud en comparación con los niños que llegan al término de la etapa de gestación, y en muchas ocasiones la razón del 'parto adelantado' es una complicación de salud de la madre." (Párr. 71).

"[En] observancia al derecho a la salud de la madre y del hijo recién nacido, [...] [la] Segunda Sala considera que el artículo 123, apartado A, fracción V, de la Constitución Federal no puede interpretarse en sentido estricto, sino que, en observancia al principio pro persona y a fin de salvaguardar el derecho a la salud y el de protección a la familia, tutelado en el diverso numeral 4 de la Norma Fundamental, el derecho a la protección de la maternidad no sólo se reduce a considerar que la madre trabajadora tiene derecho a un descanso de seis semanas anteriores a la fecha aproximada del parto y seis semanas posteriores al

mismo, sino que en el caso de que el parto se suscite durante el periodo prenatal o incluso con anterioridad a dicha etapa, deberá autorizarse su otorgamiento por el lapso no disfrutado, de manera conjunta con el descanso posterior al parto, de manera que ambos descansos, sumados computen un mínimo de doce semanas en términos de lo previsto en el convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo." (Párr. 78).

2. Los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social son "normas que fueron diseñadas en observancia a la interpretación estricta del texto Constitucional que a la literalidad establece que la madre trabajadora tendrá derecho a un descanso forzoso de seis semanas anteriores a la fecha probable de parto y seis semanas posteriores a este, periodo en el que deberá disfrutar de su salario." (párr. 91). Por ello, dado que "atiende a la literalidad de la Constitución, lo que procede es establecer una interpretación conforme de aquellas, es decir, no restringida, que atienda al principio pro persona y tutele el derecho a la salud de la madre y el hijo, así como el de protección a la familia, a fin de acatar los compromisos internacionales asumidos por México en relación con las normas mínimas de seguridad social." (Párr. 92).

En conclusión, "[...] al establecer que las aseguradas tienen derecho a una licencia de maternidad y un subsidio durante cuarenta y dos días anteriores a la probable fecha de parto y cuarenta y dos días posteriores, las normas reclamadas regulan de manera general aquellos casos en que un embarazo se desarrolla en condiciones estables de salud y el parto llega a su término. Sin embargo, en los casos en que se actualice el supuesto de un parto prematuro, se debe autorizar a las aseguradas el disfrute del periodo de descanso prenatal no disfrutado, en un momento posterior al parto, es decir, conjuntamente con la etapa de maternidad, de manera que el periodo de incapacidad por maternidad que se otorgue nunca sea inferior a doce semanas." (Párr. 99).

"En ese sentido, debe considerarse que cuando la fracción II, del artículo 143 del Reglamento impugnado establece que: 'En los casos en que el parto ocurra durante el periodo de la incapacidad prenatal, **el subsidio corresponderá únicamente a los días transcurridos; los días posteriores amparados por este certificado pagados y no disfrutados serán ajustados respecto del certificado de incapacidad posparto**, cuando la asegurada no haya estado bajo control y tratamiento médico institucional o **cuando se trate de producto prematuro**', el ajuste a que se refiere ese precepto respecto de los días no disfrutados del periodo prenatal así como del subsidio respectivo, deberá realizarse a efecto de autorizar a la asegurada que pueda disfrutarlo de manera conjunta con el periodo de descanso posterior al parto, garantizando que la licencia por maternidad total nunca sea inferior a un mínimo de doce semanas." (Párr. 100).

"Dado el estado de vulnerabilidad en que se encuentran las mujeres durante el periodo de embarazo, se concluye la interpretación que debe darse a los artículos 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social, no debe ser estricta ni rigurosa o limitando el derecho de las aseguradas a que puedan acceder al periodo prenatal que no disfrutaron en virtud de un parto prematuro, conjuntamente con el descanso posterior al parto, garantizando que todas las aseguradas puedan completar un total de doce semanas de licencia de maternidad, así como recibir el subsidio correspondiente, lo que es necesario a efecto de garantizar el derecho a la salud de la madre asegurada y de su hijo, así como para proteger el bienestar de la familia." (Párr. 101).

3. "El artículo 77, fracción II, de la Ley de Amparo establece que cuando el acto reclamado sea de carácter negativo o implique una omisión, el efecto de la concesión del amparo debe obligar a la autoridad responsable a respetar el derecho de que se trate y a cumplir lo que el mismo exija. [Por lo que,] atendiendo a lo previsto en el precepto legal antes citado, lo conducente sería conceder el amparo a efecto de que el Instituto otorgue la licencia de maternidad prenatal y el subsidio previsto en el artículo 101 de la Ley del Seguro Social y 143 del Reglamento de Prestaciones Médicas del Instituto Mexicano del Seguro Social." (Párrs. 107-108).

"Sin embargo, no puede pasar inadvertido que la quejosa, hija de la asegurada [...] actualmente cuenta con más de cuatro años, tres meses de edad. En ese sentido, conceder el amparo a efecto de que el Instituto responsable les otorgue el periodo de descanso prenatal y cubra el pago del subsidio, en modo alguno podría constituir una medida que les restituya en el goce del derecho que se les negó.

Ello porque como ya se señaló en consideraciones anteriores, la autorización de que en el caso de partos prematuros, las aseguradas puedan disfrutar del periodo de descanso prenatal y del subsidio correspondiente, conjuntamente con el descanso posnatal, tiene entre otros propósitos, procurar que ellas se recuperen de las complicaciones de salud generadas durante el parto, así como proporcionar a los menores prematuros los cuidados necesarios para garantizar su supervivencia." (Párrs. 110-111).

"Por otra parte, si bien podría pensarse que el efecto de la concesión del amparo debe traducirse en ordenar al Instituto demandado a expedir la licencia de maternidad prenatal y otorgar el subsidio correspondiente en favor de las quejas, aun a pesar de que la menor actualmente cuenta con más de cuatro años de edad, lo cierto es que, a juicio de esta Segunda Sala, tal determinación lejos de ocasionarle un beneficio, podría perjudicarla.

En primer lugar, las licencias de maternidad han probado tener un efecto perjudicial en la vida laboral de las mujeres trabajadoras, en tanto hay indicadores que permiten afirmar

que son un factor directo en la falta de promociones y oportunidades dentro de la fuerza de trabajo. En el entendido de que la trabajadora no tiene un hijo recién nacido en este momento que requiera de esos cuidados y apego constante, si se le otorga el periodo prenatal de descanso esto podría tener repercusiones innecesarias en su vida laboral.

Además, de conformidad con el artículo 102 de la Ley de Seguro Social, una de las condiciones para que se actualice el derecho a recibir el subsidio por maternidad, consiste en que la asegurada no se encuentre desarrollando un trabajo remunerado. En ese sentido, para que la quejosa pudiera disfrutar del periodo de descanso prenatal que se le otorgó, estaría obligada a dejar de laborar durante el lapso que abarque la licencia correspondiente, es decir, durante cuarenta y dos días. Ello implicaría que en el lapso de descanso, la asegurada reciba el subsidio correspondiente que en términos del artículo 101 de la Ley del Seguro Social se cubre con base al ciento por ciento del salario de cotización.

Si bien el salario que regularmente recibe la quejosa por el desempeño de su trabajo es el mismo que su patrón se encuentra obligado a reportar ante el Instituto de seguridad social, como salario de cotización, lo cierto es que, atendiendo al principio de la realidad, se debe tomar en cuenta que en la mayoría de las ocasiones dicho salario es inferior al que el trabajador realmente recibe. En ese sentido, conceder el amparo a efecto de que la quejosa disfrute del periodo posnatal que el Instituto asegurador le negó, no sólo no le genera la posibilidad de procurar los cuidados que su menor hija requería al momento de su nacimiento, sino que además implica que innecesariamente tome un periodo de descanso que actualmente no requiere y que, además, vea disminuidas sus percepciones en virtud de que el salario que recibe es mayor que el subsidio que en todo caso le correspondería.

Por tanto, se concluye que en la especie, la afectación generada a las quejas derivada de la negativa del Instituto responsable de otorgar el periodo prenatal y cubrir el pago del subsidio correspondiente, se traduce en un daño inmaterial, en virtud de que se impidió el acceso al derecho de protección a la maternidad, pues además de que se restringió a la madre asegurada el derecho a recuperar su salud, se le impidió proporcionar a su menor hija los cuidados que en su momento requirió como recién nacida prematura." (Párrs. 117-123).

"[E]n casos como éste, en los que por las circunstancias de tiempo es materialmente imposible restituir a la quejosa en el goce del derecho violado, el efecto de la concesión del amparo debe consistir en el pago de una compensación económica como medida de reparación que sirve para indemnizar el daño causado." (Párr. 125).

"[En] el presente caso se ocasionó un daño inmaterial a las quejas porque al negar el otorgamiento de la licencia de incapacidad prenatal en favor de la madre asegurada, se

puso en riesgo tanto la salud de esta como la de su hija, pues por un lado, se obligó a la quejosa a reintegrarse a sus labores de trabajo después de cuarenta y dos días posteriores al nacimiento de su hija, impidiéndole restablecerse de las complicaciones en su salud, aunado a que se le imposibilitó desarrollar los cuidados especiales que en su momento la menor prematura requería a efecto de garantizar su sobrevivencia y calidad de vida." (Párr. 129).

"En esas condiciones, [...] dado que el efecto de la negativa de la autoridad fue que trabajara días que legalmente ella debería de haber tenido de descanso por su condición de post-parto prematuro, procede aplicar de forma analógica lo previsto en los artículos 73 y 75 de la Ley Federal del Trabajo, conforme a los cuáles, los trabajadores no están obligados a prestar servicios en sus días de descanso o en días de descanso obligatorio, pero que de hacerlo, independientemente del salario que les corresponde por esos días, tendrán derecho a un salario doble por el servicio prestado.

Por tanto, se concluye que el monto de la indemnización que el Instituto responsable debe cubrir a la quejosa como medida de reparación del daño derivado de la violación al derecho de protección a la maternidad, debe calcularse con base en el doble del subsidio que debió otorgársele por el periodo de incapacidad prenatal que se le negó, pues ante dicha negativa la quejosa se vio obligada a regresar a su fuente de empleo en un periodo en el que debió disfrutar un descanso. Cantidad que deberá determinarse a razón del último salario de cotización que corresponde a la quejosa." (Párrs. 131-132).