

	UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA			
	Documento	Código	Fecha	Revisión
	FORMATO HOJA DE RESUMEN PARA TRABAJO DE GRADO	F-AC-DBL-007	10-04-2012	A
Dependencia		Aprobado		Pág.
DIVISIÓN DE BIBLIOTECA		SUBDIRECTOR ACADEMICO		i(48)

RESUMEN – TRABAJO DE GRADO

AUTORES	BRIYITH XIMENA CALDERON BARBOSA DAGOBERTO FUENTES VEGA		
FACULTAD	DE EDUCACIÓN ARTES Y HUMANIDADES		
PLAN DE ESTUDIOS	DE DERECHO		
DIRECTOR	CINDY CAMILA FLOREZ PICON		
TÍTULO DE LA TESIS	APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE ALLANAMIENTO A LA MORA ANTE LA NEGACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD EN MUJERES INDEPENDIENTES COTIZANTES EN COLOMBIA		
RESUMEN (70 palabras aproximadamente)			
<p style="text-align: center;">MONOGRAFÍA ESTRUCTURADA APARTIR DEL ESTUDIO DE DIVERSAS FUENTES DEL DERECHO QUE PROVÉN UN CAMPO ANALÍTICO Y PROCEDIMENTAL PARA EL ENTENDIMIENTO DE LOS FENÓMENOS RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD, DE METODOLOGÍA HERMENÉUTICO JURÍDICO DE ENFOQUE DOCUMENTAL, QUE EXPONE UNA SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS OCASIONADOS ENTRE LAS EPS Y MUJERES TRABAJADORAS INDEPENDIENTES COTIZANTES AL SGSSS, CUANDO ESTAS ÚLTIMAS SOLICITAN EL PAGO DE LA LICENCIA DE LA MATERNIDAD Y LAS EPS NIEGAN LA PRESTACIÓN ECONÓMICA ALUDIENDO RETRASOS EN LAS COTIZACIONES. OSTENTANDO COMO SOLUCIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO LA APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE ALLANAMIENTO A LA MORA.</p>			
CARACTERÍSTICAS			
PÁGINAS: 48	PLANOS:	ILUSTRACIONES:0	CD-ROM:1



APLICACIÓN DE LA FIGURA JURÍDICA DE ALLANAMIENTO A LA MORA ANTE
LA NEGACIÓN AL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD A
TRABAJADORAS INDEPENDIENTES COTIZANTES EN COLOMBIA

Autores

BRIYITH XIMENA CALDERÓN BARBOSA

DAGOBERTO FUENTES VEGA

Monografía de grado para optar por el título de abogados

Directora

CINDY CAMILA FLÓREZ PICÓN

UNIVERSIDAD FRANCISCO DE PAULA SANTANDER OCAÑA

FACULTAD DE EDUCACIÓN, ARTES Y HUMANIDADES

PROGRAMA DE DERECHO

Ocaña, Colombia

Noviembre, 2019

Índice

Capítulo 1. Protección internacional de la licencia de maternidad	1
1.1 Mujeres gestantes y su protección constitucional y laboral con fundamentación en el fuero de maternidad.	4
1.2 Mujer como gestadora de vida y parte esencial del núcleo de la sociedad.....	6
Capítulo 2. Licencia de maternidad	9
2.1 Requisitos de cotización para el pago de la licencia de maternidad	13
2.2 Carácter prestacional y fundamental de la licencia de maternidad	16
Capítulo 3. La seguridad social en el Estado colombiano	19
3.1 Beneficios a los cotizantes al sistema de seguridad social en salud.....	21
Capítulo 4. De la mora y la teoría jurídica de allanamiento a la mora	26
4.1 Concepto y constitución de la mora en materia civil aplicada en el ámbito de la salud. ...	26
4.2 Allanamiento a la mora	30
Capítulo 5. Conclusiones	34
Referencias	36

Introducción

El presente trabajo monográfico se estructurará a partir del estudio de diversas fuentes de derecho que provén un campo analítico y procedimental esencial para el entendimiento de los fenómenos relacionados con la protección de la maternidad desde el análisis de instrumentos internacionales aplicados en el ordenamiento jurídico interno del Estado colombiano.

Así mismo, se realiza un breve análisis de la estructura del actual régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud, el manejo del flujo de recursos del sistema, además, del análisis de las obligaciones jurídicas que nacen de la relación contractual entre (USUARIA – EPS).

La importancia de hacer mención sobre el sistema de seguridad social en salud en el presente trabajo monográfico se efectúa, teniendo en consideración que a través de este sistema se otorga el reconocimiento de la licencia de maternidad.

Es decir, la entidad encargada de asumir los valores del pago de la licencia de maternidad a las mujeres independientes, lo realiza el (SGSSS) través de la administradora de los recursos del sistema de seguridad social en salud del estado colombiano (ADRES), por lo tanto, es necesario establecer su importancia, y subvencionamiento económico.

Así, hay que aclarar que las entidades promotoras de salud (EPS) son simples son delegatarias del sistema con funciones de afiliación y registro de los afiliados, recaudo de las cotizaciones y pago de las prestaciones económicas o de servicios de salud.

A su vez, se realiza el análisis previo de las garantías de protección especial a la mujer en estado de gestación en materia constitucional y laboral, como el fuero de maternidad y la licencia de maternidad, los cuales evidencian un interés por parte del Estado en proveer a la mujer en etapa de embarazo, todas las condiciones necesarias para garantizar su integridad personal, antes, durante y después del proceso de parto.

Posteriormente se precisa el estudio conceptual de *Mora* en materia civil y el análisis de sus elementos esenciales y su aplicabilidad en el sistema de salud, para determinar jurídicamente cuándo las mujeres independientes en estado de gestación realmente se constituyen en mora , o simplemente la negación al reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad se realiza erróneamente a falta de análisis amplios e interpretaciones jurídicas en el ámbito de las obligaciones, pues, la mayoría de los inconvenientes jurídicos presentados con ocasión al no reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad por aparentes morosidades de las mujeres trabajadoras independientes se deben a un simple retardo en la obligación, aun cuando su aporte a la misma se efectúe de manera extemporánea o interrumpida.

Consecutivamente realizamos especial énfasis en el estudio conceptual del *allanamiento a la mora* y su ámbito de aplicación, el cual nos servirá para establecer cuando las (EPS) deben

allanarse a la aparente “*mora*” de las cotizantes independientes al sistema de seguridad social en salud , con objeto de establecerla como la solución apropiada y determinante para hacer efectivo el reconocimiento dinerario de la licencia de maternidad, cuando se presenten todo tipo de inconvenientes jurídicos con relación aparente de comportamientos contrarios a las obligaciones contractuales adquiridas entre ambas partes.

Por último, se expone la ambigüedad de disposición legales actuales en las que las (EPS) justifican su negativa al reconocimiento de la licencia de maternidad, a través de normas que violan los postulados normativos que consagra la constitución hecho que afecta gravemente la protección de los derechos fundamentales y sociales de las mujeres en estado de embarazo y de los neonatos , y sitúan en entre dicho el interés real del Estado colombiano en garantizar sus derechos fundamentales y sociales.

Lo anterior argumentado jurídicamente a través de las premisas deductivas de doctrinantes del derecho, la Constitución Política de 1991, Código Sustantivo de Trabajo, Código Civil, Decretos Reglamentarios, y la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional.

Dedicatoria

Dedicatoria

A María José C.C y su padre quienes han sido la inspiración para la realización de este trabajo monográfico.

Capítulo 1. Protección internacional de la licencia de maternidad

La protección a los derechos de la mujer trabajadora que se halla en estado de gestación encuentra respaldo a través de importantes garantías que protegen su seguridad social, con base al reconocimiento, promoción y protección de los derechos inherentes que dignifican su naturaleza humana.

Esta protección posee fundamentación en diversos instrumentos internacionales jurídicos, que integran el marco normativo en materia de derechos humanos y de protección laboral a la mujer trabajadora en gestación, los cuales han consolidado vertiginosas ratificaciones y aprobaciones por diversos Estados que voluntariamente han contemplado de manera real la necesidad de hacer ajustes a sus ordenamientos internos, con el objeto de adoptar medidas eficientes y eficaces para el cumplimiento de los propósitos sociales y jurídicos que acuerden los Estados en conjunto, a fin de proveer las condiciones necesarias para garantizar el desarrollo de una maternidad saludable y sin ningún tipo de limitación que le impida a la madre acceder a los diferentes servicios de atención en salud y el reconocimiento de prestaciones económicas que garanticen la protección sus derechos y de sus hijos (*Derechos fundamentales y sociales*) de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Algunos de estos convenios son : el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales : que considera acorde a los principios establecidos en la carta de las naciones unidas el reconocimiento inherente de los derechos iguales e inalienables enmarcados en el concepto de *dignidad* de los miembros que conforman la familia, así mismo; el convenio

sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (Naciones Unidas Derechos Humanos, 1979), convenio número C003 sobre la protección de la maternidad (C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919) referente al empleo de las mujeres durante el estado de gestación y después del parto, convenio sobre la protección de la maternidad N° 183 de la (Organización Internacional del Trabajo, 2000) el cual promueve la adaptación de medias jurídicas en los estados parte para la garantizar que maternidad no constituya discriminación y además se garantice el acceso de empleo, etc.

Los convenios y tratados confieren un punto de partida significativo para asegurar a través de múltiples medidas jurídicas una protección real y efectiva a los derechos fundamentales y sociales de las mujeres en gestación. Pues, los Países no desconocen que muchas circunstancias sociales, culturales y políticas pueden resultar perjudiciales para la mujer; con ocasión a todo el relego que ha sufrido a lo largo del tiempo de la historia de la humanidad aun en situaciones tan trascendentales como la maternidad.

A su vez esto evidencia que los Estados en compromiso, no desconocen deberes jurídicos, políticos y sociales vitales en el proceso de desarrollo de las sociedades con lineamientos enmarcados en el amparo de los derechos humanos, garantías que deben conferir una protección especial a las mujeres embarazadas, sin límites en el reconocimiento de prestaciones económicas y servicios de atención salud, ya que, las mismas deben estar respaldadas por marcos normativos y jurídicos que confieran protección real , efectiva y valor supremo a la maternidad.

Al ser ratificados por el Estado colombiano se corrobora un sustancial interés por parte del país en permitir a la mujer gestante o a la madre, además de los derechos que le asisten a los neonatos, hacer uso y goce de los derechos especiales adquiridos. Así mismo, el Estado adquiere una obligación objetiva y jurídica de no desmejorar las condiciones de vida, salud y seguridad social a la mujer, para que la misma pueda satisfactoriamente llevar el proceso del embarazo y el parto en condiciones de alta calidad, con acceso a una adecuada prestación del servicio de atención prenatal; protegiéndola y proporcionándole múltiples garantías que permiten promover su progreso social y natural, elevando su nivel de vida y haciendo efectivo sus múltiples derechos y libertades fundamentales.

De igual manera, con la ratificación de los tratados y convenios se puede percibir un interés significativo por parte del Estado colombiano en establecer reglas concretas y dar oportuna aplicabilidad a los mecanismos adecuados para la protección de la mujer embarazada, sin embargo, es importante esclarecer que esas protecciones a los derechos conferidos a la mujer en gestación no siempre gozaron de real importancia y aplicación, pues, el verdadero compromiso se alcanza a partir del sentido garantista que adquiere la Constitución de 1991, con relación al marco de responsabilidad que tiene un Estado Social de Derecho.

Así mismo, es significativo destacar que el Estado colombiano asume obligaciones de promover lo incorporado en todos los convenios ratificados un campo de aplicación general, debido, a que las normas internacionales en relación con la protección especial de las gestantes contemplan su deber de utilidad a todas las mujeres sin discriminación, y en el caso de las trabajadoras sin tener en consideración su marco de relación laboral.

1.1 **Mujeres gestantes y su protección constitucional y laboral con fundamentación en el fuero de maternidad.**

El Estado Colombiano ha resaltado la importancia de hacer efectiva la protección de las mujeres en etapa de gestación , esa protección procede de un importante marco normativo integrado por los artículos 5, 11, 13, 42, 43, 44, 53 de la Constitución Política de 1991, los cuales evidencian significativamente la importancia y particular protección que el Estado debe otorgar a las mujeres en la maternidad , para garantizar sus derechos fundamentales y sociales que generen un respeto por la defensa especial de su dignidad .

Determinados artículos legales le confieren cualidades naturales y sociales que la definen como generadora de vida (Congreso de la República, Sala Plena, 1991), integrante de la familia, protectora y especial cuidadora del niño que está por nacer o que acaba de nacer , parte especial y fundamental de la familia establecida como institución básica de la sociedad de acuerdo a lo incorporado en la (Congreso de la República, SaLa plena, 1991) , y otros postulados constitucionales que garantizan directamente la protección de sus derechos fundamentales como los artículos 13,43,53 de la constitución política de 1991 sobre los cuales la corte constitucional ha expresado:

Una interpretación del artículo 13 de la Carta, a la luz de los artículos 43 y 53 del mismo texto, permite afirmar que la mujer embarazada tiene el derecho constitucional fundamental a no ser discriminada en el campo laboral por razón de su estado de gravidez, lo que apareja, necesariamente, el derecho fundamental a no ser despedida por causa del

embarazo, es decir, a una estabilidad laboral reforzada o a lo que se ha denominado el "fuero de maternidad". (Congreso de la República, Sala Plena, 1998)

A continuación, realizaremos una breve contextualización sobre el fuero de maternidad , en virtud de la relación que este tiene con el otorgamiento de la licencia de maternidad que el Estado brinda a la mujer embarazada , en principio debemos precisar que el fuero de maternidad tiene un mayor ámbito de aplicación en relación con la protección que tienen las mujeres trabajadoras dependientes , pues el mismo garantiza que las mujeres no sean discriminadas en sus lugares de trabajo, además de proporcionarle una estabilidad reforzada que la proteja de un posible despido sin justa causa por parte del empleador , ahora bien , en el caso de las mujeres independientes aunque no se presente la figura de estabilidad laboral reforzada de acuerdo a los argumentos jurídicos que la definen , podemos establecer que aun así , la protección que se le brinda a la mujer independiente proviene de la implementación del fuero de maternidad , pues , a través de este fuero se fundamenta el otorgamiento de las prestaciones económicas cuando las madres se encuentran impedidas para realizar sus actividades laborales con ocasión al proceso de su maternidad , y como se hizo mención anteriormente el otorgamiento de esta prestación económica se proporciona de manera general sin discriminación tanto a la mujer trabajadora dependiente como independiente

Constitucionalmente el fuero de maternidad conlleva a su ámbito de aplicabilidad a través del artículo 43 de la constitución política, sobre la cual profundizaremos más adelante en el capítulo donde se detallará jurídicamente el análisis de este postulado normativo.

1.2 Mujer como gestadora de vida y parte esencial del núcleo de la sociedad

“La Constitución Política de Colombia 1991 garantiza el derecho fundamental a la vida en art ARTICULO 11. Por el cual se proclama que el derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte.”

De igual manera la Constitución promulga el derecho a familia de la siguiente forma

“La familia es el núcleo fundamental de la sociedad. Se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla. El Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”. (Corte Constitucional, Sala Plena, 1991)

Es significativo establecer que el concepto de familia ha tenido una evolución conceptual en los últimos años y sin profundizar sobre la avance, cambio o transformación del concepto de familia desde las perspectivas de la Corte Constitucional colombiana, es necesario para el desarrollo de esta monografía realizar énfasis no sobre el concepto de familia, sino, sobre la importancia que esta adquiere en la sociedad a partir los pronunciamientos que la corte constitucional ha resaltado.

“La familia es una institución sociológica derivada de la naturaleza del ser humano, “toda la comunidad se beneficia de sus virtudes, así como se perjudica por los conflictos que surjan de la misma”. Entre sus fines esenciales se destacan la vida en común, la ayuda mutua, la procreación, el sostenimiento y la educación de los hijos. En consecuencia, tanto el Estado como la sociedad deben propender a su bienestar y velar por su integridad,

supervivencia y conservación. Lineamientos que permearon su reconocimiento político y jurídico en la Constitución de 1991. El constituyente reguló la institución familiar como derecho y núcleo esencial de la sociedad en el artículo 42 Superior. De acuerdo con esta disposición, la familia “se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla”. En todo caso, el Estado y la sociedad deben garantizarle protección integral. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2016)

Con ello podemos entender que la importancia de la familia se fundamenta porque la misma se constituye como institución básica de la sociedad, es decir, esta representa el núcleo esencial del Estado.

El deber constitucional del Estado permite amparar a todas las partes integrales que la componen, en especial brinda garantías de asistencia y protección a la niñez y a la mujer, pues, a través del poder legislativo se propone reconocer que la atención especial otorgada a la familia en específicamente a las partes esenciales que la componen, como las madres y a los niños influirá directamente la construcción, desarrollo y progreso del Estado.

En cualquiera de los postulados normativos que resaltan la importancia de la familia, se hace extensiva a las madres o mujeres en gestación con ocasión a los roles que cumplen como gestoras de vida debido a las capacidades que tienen en concebir (dar vida), así mismo, como formadoras sociales por ser parte fundamental de la institución básica de la sociedad (*la familia*) y por ende en la organización social del Estado, debido a que, los valores, el cuidado y

atención que una madre brinde a su hijo, pueden repercutir directamente en el comportamiento de este último, lo que aumenta el interés del mismo en proporcionarles las atenciones adecuadas a las mujeres antes, durante y después del parto con el objetivo de crear espacios que permitan el desarrollo de buen vínculo maternal y de la conformación de la familia elevada a la importancia que esta adquiere en la construcción de una buena sociedad.

Capítulo 2. Licencia de maternidad

Colombia, en su calidad de Estado Social de Derecho fundamentado en el principio constitucional del respeto de la dignidad humana proclama diversos derechos y garantías a todos sus ciudadanos, especialmente a aquellos que se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, y requieran protecciones de carácter especial.

las mujeres en estado de gestación adquieren esta connotación de debilidad manifiesta , con ocasión a que el desarrollo laboral que ejercen diariamente puede verse reducido o limitado de manera proporcional o total , de allí , que el Estado le otorgue a las mujeres una protección especial y específica, alineada desde el marco constitucional y aplicada en materia laboral a través de un cúmulo de derechos que proclaman diversas garantías a sus vidas en condiciones de dignidad, siendo uno de estos *la licencia de maternidad* , una garantía que como se mencionó anteriormente tiene directa relación con el fuero de maternidad , y que permite percibir un reconocimiento económico proveído por el Estado colombiano, a través del sistema general de seguridad social en salud a la mujer trabajadora en estado de embarazo en el tiempo que se halle en descanso.

El objetivo del Estado a partir del otorgamiento de la prestación económica de la licencia de maternidad es permite garantizar el bienestar integral tanto de la madre como del que está por nacer, o goza de pocos días de nacido, por lo que el mismo adquiere una estimación de ser indispensable para sufragar las necesidades que concurren en el periodo que la madre no pueda realizar las actividades laborales por motivo del parto, de la misma manera que tendría si se

encontrara trabajando y percibiendo su ingreso salarial, ya que en este espacio de tiempo indispensablemente la madre requiere emplear su tiempo y manifestar toda su atención y cuidado de manera especial a su hijo en los primeros meses de vida.

De tal manera, el otorgamiento de esta prestación económica conferida por el Estado es necesaria y vital para asegurar acceso a los recursos económicos necesarios que posibiliten la subsistencia propia de la madre y la de su pequeño hijo.

El reconocimiento de la licencia de maternidad se otorga tanto a mujeres que configuren en el marco de una relación laboral por contrato de trabajo, como aquellas que laboren mediante un contrato de prestación de servicios, así como también a mujeres que independientemente que coticen al sistema de seguridad social sin alguna distinción.

Es fundamental resaltar que esta prestación económica también es otorgada a la madre trabajadora en calidad de adoptante desde el momento en que oficialmente el hijo en proceso de adopción le es entregado, así mismo, al padre que permanezca a cargo del neonato sin el apoyo de la madre ya sea por enfermedad o muerte, pues todas las garantías establecidas en la ley 1822 del 4 de enero del 2017 se hacen extensivas a estos últimos.

Así mismo, como derecho la licencia de maternidad constituye una de las manifestaciones más trascendentales de protección especial, que, por propio mandato de la constitución, múltiples normas regulatorias e instrumentos internacionales se debe conceder a la mujer en estado de embarazo.

Esta garantía se encuentra fundamentada constitucionalmente en el artículo 43 de la constitución política de 1991, el cual contempla el deber específico del Estado colombiano de situar a las mujeres en una condición de igualdad de oportunidades.

Lo dispuesto en el citado artículo establece 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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia. (Congreso de la República, Sala Plena, 1991)

Con relación al anterior enunciado, se distingue constitucionalmente un deber garantista que atribuye expresas obligaciones al Estado colombiano los cuales son: en primer lugar una protección especial a la mujer en estado de embarazo o lactancia sin ninguna distinción y segundo término; el otorgamiento de un subsidio económico cuando la mujer se encuentre en situación de desamparo, así mismo, se puede apreciar una responsabilidad en cabeza del estado que le permite a la mujer y al nacido hacer uso y goce de derechos especiales que les asisten

Podemos observar que artículo 43 de la Constitución Política consagra el reconocimiento de un derecho con valor prestacional (*subsidio económico*) que en relación al fuero de maternidad se denomina (*licencia de maternidad*) es sustancial hacer referencia a los pronunciamientos de la corte constitucional con respecto a la doble connotación que puede tener

la licencia de maternidad, puesto que este adquiere un rango de carácter fundamental por estar en conexidad con diversos derechos fundamentales como; la integridad de la salud , la seguridad social y la vida misma (*mínimo vital*) enmarcada en condiciones dignidad .

En materia laboral la *licencia de maternidad* se encuentra regulada legalmente en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la cual se encuentra definida como “incentivo para la adecuada atención y cuidado del recién nacido”. (Congreso de la República, Sala Plena, 1992)

En el inciso 1 se precisa que “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” (Congreso de la República, Sala Plena, 2017). no obstante, es trascendental aclarar para el pago de la licencia de maternidad en mujeres trabajadoras independientes su base de liquidación se realiza con reconocimiento del 100% sobre el ingreso base de sus cotizaciones que se debe realizar sobre el 40% de sus ingresos percibidos y que no pueden ser menores a un salario mínimo legal mensual vigente de conformidad con lo establecido en el artículo 135 de la ley 1735 del 2015, y que previo a que la (EPS) autorice y liquide la prestación económica de la licencia de maternidad existen un requisitos que la cotizante debe cumplir de conformidad con las obligaciones que le establece el SGSSS (Congreso de la República, Sala plena, 2015)

2.1 Requisitos de cotización para el pago de la licencia de maternidad

Estos requisitos se encuentran señalados el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016, articulo que modifica las disposiciones jurídicas incorporadas en el artículo 3 inciso 2 del Decreto 047 del 2007. (Congreso de la República, 2016)

Los cuales podemos reducir a tres.

1. Ser afiliada como cotizante del régimen contributivo, pues el reconocimiento de la licencia de maternidad no es conferido a la mujer que se encuentre afiliada con régimen subsidiado al Sisbén
2. Cotizar al sistema de seguridad social durante el periodo de gestación
3. Estar al día en el pago de las cotizaciones al momento del parto, pues como está definido en el inciso tres del mencionado artículo en los casos en que los patronos o afiliadas independientes solo habrá reconocimiento si al día del parto se han pagado la totalidad de las cotizaciones con los intereses moratorios.

Es importante resaltar que tanto para la trabajadora dependiente como para la trabajadora afiliada como independiente los requisitos son los mismos, pues de conformidad con los preceptos antes mencionados que configuran a la mujer en estado de gestación como sujeto de protección especial se puede observar que el reconocimiento de la licencia de maternidad debe otorgarse como una garantía que no puede constituir discriminación respecto de las relaciones laborales que realice cada cotizante.

A falta de cumplimiento del primer de los requisitos , no se conjetura duda alguna sobre el no otorgamiento de la prestación económica ,pues, la ley es muy clara en cuanto a establecer que solo las mujeres que contribuyen al SGSSS son acreedoras del reconocimiento de la licencia de maternidad, sin embargo, con relación al estado aparente de morosidad en la que puede encontrarse la mujer trabajadora , en especial la trabajadora independiente y que puede hacerle nugatorio el efectivo gozo y reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad , se generan diferentes dudas sobre si las disposiciones jurídicas contenidas en el artículo que reglamentan el reconocimiento dinerario de la licencia de maternidad, en el artículo 2.1.13.1 del Decreto 780 del 2016 verdaderamente tiene objeto en salvaguardar los derechos e intereses de las mujeres antes, durante y después del parto o el mismo propende por preservar los intereses del sistema.

Debemos precisar qué anterior al año 2016 debido a los reiterados problemas jurídicos , y pronunciamientos de la Corte Constitucional respecto del tema , la presidencia de la República de Colombia en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales , en especial las conferidas en el numeral 11 del artículo 189 de la Constitución Política , el decreto 780 del 2016 se expidió aparentemente para modificar el artículo 3 inciso 2 del Decreto 047 del 2000 el cual establecía que para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación. (Congreso de la República, 2000)

Sin embargo, el Problema Jurídico no se resolvió con la promulgación de la actual norma, puesto que si bien , en la actual disposición jurídica no se establece que la mujer cotizante deba

pagar durante todo el periodo de gestación respecto de lo que establecía la norma anterior, en relación al requisito que establece “estar al día en el pago de las cotizaciones y en caso de mora pagar los intereses al sistema antes del parto”, la sitúa en la misma posición vulnerable en la que se encontraba antes de la expedición de esta nueva norma, hallándose además una ambigüedad en las disposiciones contenidas.

Pero, esto no es solo la causa que enmarca los problemas jurídicos, puesto que los mismos también que derivan de la falta de determinación conceptual de lo que es la noción de mora. se trata entonces de una norma con unos requisitos ambiguos que no generan garantía a las mujeres gestantes aun respecto de los propios mandatos de la Constitución.

Aunque las EPS están facultadas para negar legalmente la licencia si al momento del parto no se han cumplido con los requisitos de cotización por una aparente morosidad de la mujer trabajadora cotizante, no se puede desconocer la situación de debilidad en la que se encuentra la mujer en estado de gestación y la importancia que adquiere el otorgamiento de la prestación económica para garantizar sus necesidades vitales.

La Corte Constitucional ha proferido varios pronunciamientos con ocasión a la importancia de garantizar y amparar los derechos fundamentales a las mujeres en estado de gestación, puesto que ante la mayoría de reclamaciones económicas que terminan en negativas por parte de la EPS, las gestantes acuden a la acción de tutela como mecanismo idóneo para defender sus derechos fundamentales, sin embargo, esto trae consigo que en las contestaciones que emiten las EPS, las mismas aleguen una falta de procedencia de la acción de tutela para la

reclamación de acciones prestacionales, sin embargo, la Corte Constitucional ha dicho que al tratarse de prestaciones económicas que resultan ser la única fuente de ingreso en determinado periodo que garantice los derechos fundamentales de las solicitantes la prestación adquiere una connotación de carácter fundamental.

2.2 Carácter prestacional y fundamental de la licencia de maternidad

La Corte Constitucional ha considerado que la falta de reconocimiento de la licencia de maternidad, en muchas situaciones, puede afectar directamente los derechos al mínimo vital y a la vida digna de la madre y de su pequeño hijo, de esta manera, la corte en diferentes pronunciamientos, ha reconocido que en las circunstancias en que una madre con ocasión a su condición de gestación se le dificulte desempeñar de manera óptima sus actividades laborales y esta dependa exclusivamente de los aportes económicos que devenga de su acción de trabajo, los cuales puede representar la única fuente de ingreso que brinda la posibilidad de garantizar sus propios derechos y los de su pequeño hijo en condiciones de dignidad, pueden situarla en una posición de extrema vulnerabilidad.

La falta de percepción de los ingresos que posibilitan esas garantías a los derechos torna a la licencia de maternidad con característica de prestación económica, en una prestación social con carácter fundamental que adquiere una relevancia constitucional cuando la misma es importante para cubrir los gastos que la mujer en gestación requiera para satisfacer sus vitales necesidades humanas, garantizando así su mínimo vital y el de su hijo.

Por lo tanto, ante una negación al reconocimiento de la licencia de maternidad, por una aparente morosidad en la que puede hallarse la mujer cotizante independiente, sobre los cuales las entidades prestadoras de salud realizan actuaciones omisivas de evasión a su obligación, de hacer efectivo el correspondiente pago de la licencia de maternidad por alegar incumplimientos a los requisitos de cotización resultan en actos discriminatorios y violatorios de derechos y libertades de las madres gestantes y los niños.

Debemos recordar que los derechos de asistencia especifican que le garantiza a la mujer una protección especial durante y después del proceso de parto pretenden no desconocer la aplicabilidad de los principios, normas constitucionales e instrumentos internacionales

En razón a que la licencia de maternidad adquiere categoría de IUS fundamental la Corte constitucional ha reiterado que su amparo constitucional se puede hacer efectivo a través de la instauración de mecanismos idóneos para la protección de derechos humanos como la acción de tutela

“derecho al pago de la licencia de maternidad es un derecho fundamental por conexidad y, por lo tanto, protegible por vía de tutela. (Corte Constitucional, Sala Plena, 2003)

“Si bien la jurisprudencia constitucional ha establecido que, en virtud de su carácter subsidiario, la acción de tutela resulta improcedente para resolver pretensiones relativas al reconocimiento de prestaciones económicas, también ha afirmado que, al tratarse de la licencia de maternidad, su pago efectivo puede ser ordenado a través del mecanismo de

amparo constitucional, en atención al compromiso de proteger derechos fundamentales (...)" (Corte Constitucional, Sala Plena, 2018)

La prestación económica de la licencia de maternidad al permitir a la gestante el goce de derechos fundamentales como la vida digna y otros como la salud , igualdad , mínimo vital , además de los derechos que protegen a los niños puede ser otorgada a través de la instauración acción de tutela , en el sentido que insistentemente la Corte Constitucional ha establecido fijar la respectiva procedencia de la acción cuando la mujer gestante lo considera el medio procedente para proteger sus derechos, señalando jurídicamente las condiciones precisas para establecer la doble connotación de la licencia de maternidad .

Capítulo 3. La seguridad social en el Estado colombiano

El derecho a la seguridad social se encuentra consagrado legalmente en el artículo 48 de la Constitución Política de 1991 definido como; “un servicio público de carácter obligatorio con sujeción a los términos que establece la ley, y a su vez como una garantía irrenunciable de todos los ciudadanos”, que protege integralmente al ser humano de las necesidades sociales a través de la aplicación de un conjunto de normas y procedimientos, que garantizan a todos los individuos una vida acorde con el principio de la dignidad humana.

La ley 100 de 1993 se constituye como el marco normativo general del sistema de seguridad social integral del Estado colombiano, para su ejecución, esta cuenta con 6 principios básicos; *eficiencia, solidaridad, unidad, integralidad, participación y universalidad.*

En sentido amplio el SSSI con sujeción a los principios en mención garantiza la cobertura de las prestaciones económicas, servicios de salud y complementarios a todos los ciudadanos, además, Establece la previsión social la cual es entendida como; *“el conjunto de medios y acciones dirigidas a atender las necesidades de los integrantes de una sociedad “fundación Mapfre, la política de viviendas de interés social, la salud ocupacional, y la política de empleo.*

Cabe resaltar, que antes de la presente disposición constitucional, la seguridad social era contemplada como una protección exclusiva de los trabajadores, a partir del sentido garantista que adquiere el Estado social de derecho a través de la promulgación de la Constitución Política de 1991 se hizo posible la ampliación de la cobertura a todos los ciudadanos colombianos.

El SSSI del Estado colombiano se compone por; un sistema de Seguridad Social en Salud, un Sistema General de Pensiones, un Sistema de Riesgos Profesionales y Servicios Sociales complementarios.

Con ocasión al estudio de la presente investigación monográfica nosotros haremos referencia al sistema general de seguridad social en salud; con este sistema se busca ofrecer una óptima prevención y atención en la salud, que tiene como objetivo; la regulación del servicio público de salud, además de la creación de condiciones de acceso a nivel nacional, en todos los niveles de atención.

Este régimen se encuentra integrado en principio por las entidades promotoras de salud EPS encargadas de el recaudo de las cotizaciones, la afiliación de los usuarios, y la garantización de la prestación de los servicios que ofrece el plan obligatorio de salud (POS).

El Estado a través del Ministerio De Salud y Protección Social el cual se encarga de dirigir orientar y coordinar al sistema de seguridad social en salud, y por ultimo las IPS; que son todas aquellas instituciones que prestan los servicios de salud como; hospitales, clínicas y laboratorios entre otros.

A su vez, el sistema de seguridad social en salud se encuentra dividido en dos regímenes de afiliación; *régimen* contributivo y régimen subsidiado, la ubicación a cualquiera de estos

sistemas depende única y exclusivamente de la capacidad de pago que tengan quienes requieren los servicios del sistema.

Nosotros ahondamos en el estudio del régimen *contributivo* sobre el cual es conveniente resaltar que los afiliados indispensablemente deben contar con capacidad de pago, ya sean trabajadores dependientes o independientes, así mismo, pensionados y sus familiares, para ello es requisito contar con ingresos totales mensuales superiores a un (1) salario mínimo en razón a que es obligación de los afiliados realizar aportes mensuales y oportunos, para garantizarles la atención en salud que requieran a través del servicio que ofrecen las IPS, de igual manera, es transcendental resaltar que la obligación de las filiaciones de la persona pensionada es del fondo de pensiones y del empleado recae sobre el empleador.

3.1 Beneficios a los cotizantes al sistema de seguridad social en salud

Un plan de atención básico: el cual permite la obtención de servicios colectivos e individuales, para la promoción de la salud, prevención de enfermedades y conservación de la vida en condiciones de dignidad.

1. La atención en eventos de accidentes de tránsito o catástrofes, de esta manera cuando la persona se ve involucrada en cualquiera de estos escenarios, puede contar con la atención adecuada, puesto que el sistema de seguridad social en salud garantiza los costos, de la prestación del servicio de atención en salud a través de las entidades promotoras de salud (EPS).

2. Como garantía de todas las personas una atención de urgencias en cualquier entidad promotora de salud ya sea de carácter público o privado.
3. Una atención de salud que cubre indemnizaciones pagadas por las administradoras de riesgos profesionales a los empleados dependientes, o independientes que voluntariamente se hayan afiliado a alguna (ARL).

Como podemos observar son múltiples los beneficios que ofrece el Estado a quienes realizan sus aportes al sistema. Lo que demuestra un interés positivo del mismo por el respeto, la protección y la garantización del derecho fundamental a la salud en condiciones de alta calidad, de conformidad con lo establecido en la Ley Estatutaria N°.1751 de 2015 (Congreso de la República, Sala Plena, 2015)

Ahora bien, una vez definido brevemente el sistema, su composición y habiendo abordado los derechos de los cotizantes, es importante tener claridad sobre el manejo del flujo de recursos del sistema financiero del régimen contributivo, puesto que este subvenciona de gran manera a partir de los oportunos pagos que realizan los afiliados al sistema de seguridad social en salud.

“El régimen contributivo opera a través del aseguramiento que en forma individual ofrecen las EPS a los afiliados que libremente las eligen. Los recursos para financiar el plan de beneficios provienen básicamente de fuentes parafiscales que aportan al sistema tanto empleados como empleadores.”. (Zuñiga, 2016)

De la misma forma la corte ha señalado que las entidades promotoras de salud;

“prestan sus servicios con base en sus recursos, los cuales provienen en lo esencial de las unidades de pago por capacitación, que reciben del sistema por el pago de cada afiliado, por tal razón, es deber de las EPS remitir la cotización recibida al fondo de solidaridad para tener derecho a la correspondiente UPC; por ende si el patrono no paga, las entidades promotoras de salud no recaudara la cotización, y no podrá compensar con el fondo de garantía.”. (Corte Constitucional, Sala Plena, 1998)

Así mismo, es importante resaltar que las EPS en su función como administradoras de salud, mencionado previamente tienen la responsabilidad de la “filiación y el registro de los afiliados y del recaudo de las cotizaciones además de “organizar y garantizar, indirecta o directamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los empleados “ (Monsalve, 2007, págs. 101-106)

Es decir: dichos pagos deben ser recaudados por las EPS por delegación.

De lo anterior se determinan las obligaciones que nacen de la relación contractual USUARIA-EPS de esta manera, a observancia de las normas que disponen las obligaciones podemos determinar que las trabajadoras cotizantes al SGSSS , deben realizar los pagos oportunos, para poder percibir las prestaciones económicas y en salud que otorga el sistema ,que en consecuencia es fundamental para que la mujer en estado de gestación pueda adquirir los diferentes beneficios que otorga el sistema. Además de ser aportes necesarios para el propio sostenimiento del sistema.

A su vez contempla una obligación clara y expresa que responsabiliza a las entidades promotoras de salud EPS de ser las únicas responsables del recaudo de cotizaciones y la garantía del servicio, es decir, es obligación de las delegatarias del sistema realizar las actuaciones procedentes de *requerimiento* a las afiliadas, para hacer efectivo el cobro de la obligación en el momento en que la mujer cotizante presente retardo al pago de sus obligaciones.

Adicionalmente se puede entender que la falta de cumplimiento de cualquiera de las partes acarrea afectaciones ambas, pues, se pueden presentar sucesos donde el afiliado requiera de los servicios que le ofrece el sistema de la seguridad social en una institución prestadora de la salud, no le sea autorizado por la EPS, en virtud del no pago oportuno de su cotización. En el caso concreto de las mujeres en estado de gestación no solo la falta de prestación en salud, si no, también la falta de reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad

Ante la situación omisiva por parte de los obligados, la Corte Constitucional ha a fin de generar precedentes que permitir dirimir los conflictos jurídicos presentados ante la negación de la prestación económica de la licencia de maternidad ha destacado la importancia necesaria de realizar una ponderación de derechos y determinar cuál es la parte que resulta más vulnerable ante el problema jurídico que se ocasiona.

Entre la relación contractual instituida entre las entidades promotoras de salud y las mujeres trabajadoras independientes en estado de gestación afiliadas de manera contributiva al sistema de seguridad social en salud, los magistrados de la Corte Constitucional han reconocido una mayor preocupación respecto de los problemas que puede generarle las faltas de atención

en salud, y de garantías prestacionales como la licencia de maternidad a las mujeres, los cuales garantizan y protegen sus derechos altamente valorados por el Estado, la Suprema Constitución, y las instituciones encargadas de velar por la protección de los derechos.

De igual manera teniendo en cuenta la obligación que recae sobre las entidades promotoras de salud de ser las únicas responsables del recaudo de las cotizaciones y de garantizar las prestaciones señaladas en el plan obligatorio de salud POS.

La falta omisiva de su obligación, al recibir de manera tardía o extemporánea los aportes de las mujeres cotizantes en gestación o no realizar llamamiento en mora aunque estas entidades promotoras de salud dispongan de todas las herramientas legales y jurídicas para hacer exigible y efectivo el cobro de los aportes al sistema general de seguridad social no puede afectar los derechos de la mujer trabajadora en estado de embarazo, quien indiscutiblemente se encuentra en una posición de vulneración mayor pues además se entiende la entidad promotora de salud debe asumir las propias consecuencias generadas por su propia negligencia.

Sobre estos argumentos jurídicos se detallará más a fondo en el siguiente capítulo en cual profundizaremos sobre el estudio de la mora en materia civil y la conformación de la teoría jurídica allanamiento a la mora.

Capítulo 4. De la mora y la teoría jurídica de allanamiento a la mora

Habiendo abordado los problemas que pueden acarrear las actitudes omisivas ante el cumplimiento de las obligaciones por ambas partes, además de analizar la estructura propia del SGSSS y haber profundizado en un capó analítico sobre su funcionamiento y sostenimiento, siguientemente se hace determinante analizar el aporte de autores con posturas doctrinales jurídicas que dan comprensión a el concepto de la mora y la teoría del allanamiento a la mora sus implicaciones y elementos.

4.1 Concepto y constitución de la mora en materia civil aplicada en el ámbito de la salud.

Frecuentemente la mora no es definida de la manera correcta en el ámbito del derecho , siendo precisada de manera errónea desde su elemento objetivo como: el simple retardo en el cumplimiento de una obligación, sin embargo, podemos encontrar algunos conceptos evocados por distintos doctrinantes del derecho, los cuales contribuyen a la obtención de visión conceptual más amplia de lo que es la noción de mora ; en este orden de ideas expondremos uno de los conceptos con mayor composición jurídica. Profundizando en la idea del Tratado Practico del Derecho Civil Francés de *planiol* quien definió el concepto de mora como: “el retardo en el cumplimiento de la prestación cuando se incurre en él las condiciones que la ley determina para asignarle consecuencias jurídicas”. Estas condiciones a los que él hace referencia constituyen a los elementos esenciales que conforman a la mora, cabe resaltar que el simple retardo de una obligación sin la constitución de todos los elementos que la conforman no puede configurar la

mora, de allí que varios tratadistas, traten de hacer las aclaraciones a fin de solventar los problemas de interpretación que pueden presentarse en virtud de un poco conocimiento en la esfera de las obligaciones.

Para obtener una mayor apreciación sobre su significado procederemos a determinarlos de la siguiente manera ; en principio tenemos que *el retardo* se constituye como (elemento objetivo) , *la culpa* (elemento subjetivo) y *la reconvención* (elemento formal), es necesario realizar una breve explicación de cada uno de los conceptos de los elementos mencionados en relación a la amplitud del tema y su importancia para poder establecer la configuración, naturaleza, y aplicabilidad de la mora, a fin de profundizar en la configuración de la teoría del *allanamiento a la mora* en el siguiente capítulo ; no sin antes establecer que la conceptualización de los mismos estarán limitados en virtud del objeto de estudio de la presente monografía.

De la siguiente manera empezaremos por definir *el retardo*; que, de conformidad a lo expuesto previamente, se define como elemento esencial objetivo de la constitución en mora; consiste en el retraso en el cumplimiento de una obligación por parte del deudor desde el momento en que se pueda hacer exigible.

(Fernandez, 2009), en la Teoría General del Contrato y Del Negocio Jurídico establece;

“el retardo es requisito esencial de la mora y, por consiguiente, no existe retardo donde a aquel no se da, así, el deudor no está en mora de cumplir obligación positiva (de dar o hacer), a plazo o condicional, mientras esté pendiente el plazo o la obligación ,

porque existe retardo únicamente con el vencimiento de aquel o con el cumplimiento de esta.” (Fernandez, 2009)

La culpa: se puede establecer; como un comportamiento omisivo doloso o culposo en el cumplimiento de la obligación. Según lo contemplado en la (ley N°57,1887 art 1626) “el deudor moroso puede exonerarse de su responsabilidad cuando se demuestre que la mora se debió a fuerza mayor o caso fortuito” (Congreso de la República, 1987)

La reconvención: elemento formal; configurado como elemento necesario para constituir en mora al deudor de la obligación, para que responda por los posibles perjuicios ocasionados al acreedor;

Es importante señalar que para que la EPS pueda probar el llamado de reconvención, necesariamente deberán aportar como prueba el acto formal que hace exigible el pago de la obligación.

Las acciones de cobro que adelanten las EPS con el fin de evitar el allanamiento a la mora deben efectuarse por escrito, toda vez que este es el único medio de prueba que efectivamente demuestra el haber efectuado el cobro (Corte Constitucional, 1999)

Es necesario traer a colación que todas las partes que acuerdan la obligación pueden configurarse en mora, es decir,” puede existir (*mora debitoria*) en la que incurre el deudor quien es sujeto pasivo del vínculo jurídico o (*mora creditora*) originada por el acreedor quien es el sujeto activo”.

Ahora bien , con relación al breve esbozo sobre los elementos que jurídicamente constituyen a la mora , y habiendo hecho aclaración sobre el problema de interpretación conceptual que se presenta al momento de definirla, en razón a que se tienen a confundir los conceptos de retardo y mora podemos establecer que el concepto de mora representa un grado de mayor complejidad jurídica , pues , no se puede contemplar como el simple retardo de la obligación sin que medien los elementos subjetivos y materiales que puedan hacerla expresa y exigible ante la ley , de lo contrario estaríamos haciendo referencia al simple retardo de la obligación.

Con ocasión a la contingencia imprevista que se presenta al momento en que las mujeres trabajadoras independientes empiezan a realizar sus actuaciones legales a fin de hacer efectivo el cobro de la licencia de maternidad ante las entidades promotoras de salud, determinar desde el ámbito de la argumentación jurídica los elementos esenciales de la mora resulta significativo para poder establecer cuando realmente la mujer trabajadora independiente se encuentra en estado de morosidad , y cuando la EPS debe allanarse a la mora proceder a autorizar y previamente liquidar la prestación económica.

Así que Una vez definido el concepto jurídico de la mora procederemos a definir, y fundamentar la aplicación de la teoría jurídica de allanamiento a la mora con aplicabilidad en el ámbito de recobro de la prestación económica de la licencia de maternidad

4.2 Allanamiento a la mora

La Corte Constitucional como ente delegada para velar por la supremacía e integridad de nuestra actual carta política, además de ser especial protectora de derechos humanos, dio origen a la figura jurídica de allanamiento a la mora que aplicada al examen de las condiciones jurídicas de las mujeres que en estado de gestación dejan de realizar de manera parcial los aportes al sistema de salud, resulta apropiada para resolver los problemas jurídicos ocasionados y ampara los derechos de la mujer trabajadora antes durante y posterior al parto.

En sentencia T-761 de 2010 se establece

: «En efecto, “la Corte Constitucional ha desarrollado la teoría del “allanamiento a la mora”, según la cual aunque el empleador sufrague los pagos por concepto de cotizaciones al SGSSS de sus trabajadoras (concretado el tema a la licencia de maternidad) de forma extemporánea o incompleta, si la EPS a la cual se encuentran afiliadas no adelanta un requerimiento previo o se abstiene de rechazar las cotizaciones subsiguientes y continúa prestando sus servicios, se entiende que zanjó la morosidad en la cual se haya incurrido y no puede negarse a reconocer la respectiva prestación aduciendo la mora, pues tal aquiescencia la obliga a sufragar el pago exigido[23], para garantizar los derechos de la madre y su bebé.» (Corte Constitucional, Sala Plena, 2010)

Como se mencionó anteriormente en el capítulo de la seguridad social, la ley 100 de 1993 le confiere la obligación a las entidades promotoras de salud (EPS) de ser las únicas responsables del cobro de las cotizaciones que aportan los contribuyentes, es decir las (EPS)

tienen la obligación por mandato expreso de la ley , de hacer todos los requerimientos necesarios para hacer efectivos el cobro de la obligación de las mujeres trabajadoras en gestación , sin embargo, esta obligación no solo nace de los preceptos jurídicos contenidos en la ley , sino que además nacen de los elementos que constituyen a la mora , porque como pudimos observar los elementos de la mora deben concurrir simultáneamente son esenciales para poder configurar en mora a la mujer trabajadora. (Congreso de la República, Sala Plena, 1993)

Por consiguiente, si la EPS cuando observa un retardo en las cotizaciones que debe realizar la mujer trabajadora independiente al sistema de seguridad social no ejecutan sus obligación de requerimiento que se traduce a la reconvención (elemento formal) necesario para configurar la mora , no realiza las actuaciones procedentes para garantizar el pago de los aportes debido a su facultad, aunque, hayan contado con todos los elementos procedentes necesarios para reconvenir el retardo de la mujer trabajadora independiente , jurídicamente deberían declararse impedidas para declarar en mora a la mujer en estado de gestación.

Recordemos que los elementos de la mora son el retardo, la culpa o dolo y la reconvención y que el simple retardo de la obligación no puede constituir en mora a la deudora a falta de los otros elementos esenciales que pueden hacer exigible la configuración u existencia de la misma

En los casos hipotéticos en que una mujer no pudo dar cumplimiento a sus obligaciones para el reconocimiento de la licencia de maternidad al momento del parto , podríamos señalar misma se encuentra en retardo de su obligación , pero , el retardo no es suficiente para configurarla jurídicamente en mora, pues, para poder definirla en mora, en principio

probatoriamente la entidad promotora de salud, debe demostrar , la acción culpable o dolosa de la mujer en estado de gestación y a su vez debe probar el cumplimiento de su obligación de reconvencción como entidades recaudadoras de las cotizaciones a través de las gestiones que deben realizar , es importantes establecer que la única manera en que las EPS pueden comprobar jurídicamente la acción de reconvencción se efectúa través de un documento formal el cual deberá siempre realizarse por escrito debido a que este es el único elemento de prueba que pueden alegar las EPS para demostrar el cumplimiento de sus obligaciones pues así se encuentra establecido el artículo 60 del decreto 1406 de 1999

De demostrarse una falta de cumplimiento de las obligaciones en ambas partes con un análisis previo de los elementos de la mora y las justas causas que enmarcan el derecho positivo además de la observación en la ponderación de los derechos de las partes. la teoría jurídica idónea para resolver los casos de conflictos que nacen de la misma norma conllevaría a la aplicabilidad de la teoría jurídica de *allanamiento a la mora* en el que la parte deudora de la obligación (*mujer en estado de gestación*) podría alegarla argumentando lo que en el derecho se conoce como excepción del contrato no cumplido.

El artículo 1609 del Código Civil del estado colombiano con relación a la excepción del contrato no cumplido promulga lo siguiente: «En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.» (Congreso de la República, 1987)

En este orden de ideas, si las entidades promotoras de salud no realizan sus obligaciones contractuales de cobro coactivo como lo enmarca la ley no pueden argumentar un estado de morosidad de la mujer gestante y deben allanarse a la “mora”, de esta manera se puede dar solución a los constantes conflictos jurídicos que se presentan día a día entre las entidades promotoras de salud y las mujeres gestantes.

Capítulo 5. Conclusiones

Los conflictos jurídicos expuestos en el presente trabajo monográfico se simplifican en tres, en principio observamos que las mujeres en estado de gestación , las cuales se encuentran en una situación de debilidad manifiesta , por las limitaciones naturales que les dificulta realizar sus actividades laborales, los cuales permiten generar los ingresos económicos necesarios para garantizar su sostenimiento propio y a su vez posibilitan los pagos de las aportantes al sistema de sistema de salud de manera oportuna , encuentran constantes negativas para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de las EPS , en la que se ven afectados derechos fundamentales, por lo cual las mujeres acuden ante los jueces por medio de la interposición de acciones de tutelas , que en la mayoría de los casos no son cumplidas por las EPS .

A su vez, se observa una norma con disposiciones jurídicas ambiguas, que aparentemente pretende resolver los conflictos jurídicos con relación a la licencia de maternidad, pero, que sitúa en la misma posición de discriminación a la mujer en estado de gestación y que trasladan a las mujeres gestantes costos (tiempo, dinero, salud) que no debe asumir una persona en situación vulnerable, pues es el estado quien debe proveer las condiciones de bienestar apropiadas para la mujer y el recién nacido.

Y por último, al tenor de la norma en mención un problema jurídico de interpretación y desconocimiento de la configuración en mora y de la teoría jurídica del allanamiento a la mora , esta última abarcada como el objeto de investigación principal de la presente tesis monográfica y sobre la cual estimamos es la figura jurídica idónea que debe ser alegada para resolver los

conflictos jurídicos ocasionados con el otorgamiento de la prestación económica de la licencia de maternidad cuando hay omisión a las obligaciones por ambas partes que en principio debería ser resuelto por agilidad y competencia a través de una conciliación realizada ante la superintendencia de salud de acuerdo a lo establecido en la ley 1438 del 2011 artículo 126, o a través del método de la instauración de una demanda ordinaria que resuelva los conflictos relacionados con las prestaciones económicas, sin desconocer la posible procedencia de la acción de tutela de manera excepcional cuando la madre trabajadora determine una vulneración no solo del reconocimiento de la prestación económica , sino , también de sus derechos fundamentales.

Referencias

Organización Internacional del Trabajo. (2000). Convenio sobre la protección de la maternidad.

Obtenido de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO

DE:C183

C003 - Convenio sobre la protección de la maternidad. (1919). Obtenido de

https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CO

DE:C003

Congreso de la República. (1987). Código Civil Colombiano Ley 57. Obtenido de

https://www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Colombia.pdf

Congreso de la República. (2000). Decreto número 047. Obtenido de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/DECRETO%200047%20DE%202000

.PDF

Congreso de la República. (6 de 05 de 2016). Decreto 780. Obtenido de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Decreto%200780%20de%202016.pdf

Congreso de la República, Sala Plena. (1991). Constitución política de Colombia [Const.]

Artículo 43 [Título II]. Legis.

Congreso de la República, Sala Plena. (1991). Constitución política de Colombia Artículo 11

[Título II]. . bogotá: Legis.

Congreso de la República, SaLa plena. (1991). Constitución Política de Colombia, art. 5. Bogotá:

Temis.

Congreso de la República, Sala Plena. (1992). Código Sustantivo del Trabajo Art. 236. Obtenido de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr008.htm

1

Congreso de la República, Sala Plena. (1993). Ley 100 . Obtenido de

http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/ley_0100_1993.html

Congreso de la República, Sala Plena. (1998). Sentencia T-373, Expediente T-161529. Derechos constitucionales de la mujer en estado de embarazo. (D. E. Muñoz, Productor) Obtenido de

<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/T-373-98.htm>

Congreso de la República, Sala plena. (2015). Ley 1753. Fija nuevo procedimiento para cotización a seguridad social independientes. Obtenido de

<https://www.accounter.co/boletines/ley-1753-de-2015-fija-nuevo-procedimiento-para-cotizacion-a-seguridad-social-independientes.html>

Congreso de la República, Sala Plena. (16 de 02 de 2015). Ley Estatutaria 1751. Obtenido de

https://www.minsalud.gov.co/Normatividad_Nuevo/Ley%201751%20de%202015.pdf

Congreso de la República, Sala Plena. (04 de 01 de 2017). Ley 1822. Obtenido de

<https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/LEY%201822%20DEL%204%20DE%20ENERO%20DE%202017.pdf>

Corte Constitucional. (1999). Decreto 1406 . Obtenido de

<https://www.minsalud.gov.co/sites/rid/Lists/BibliotecaDigital/RIDE/DE/DIJ/Decreto-1406-de-1999.pdf>

Corte Constitucional, Sala Plena. (1991). Constitución política de Colombia Artículo 42 [Titulo II). Legis.

Corte Constitucional, Sala Plena. (04 de 05 de 1998). Sentencia C-177. (D. A. Caballero., Productor) Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/1998/C-177-98.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2003). Sentencia T-460. (D. J. Triviño, Productor) Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/T-460-03.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2010). Sentencia T-761. Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2010/t-761-10.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (02 de 06 de 2016). Sentencia T-292. (G. E. Martelo, Productor) Obtenido de <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2016/t-292-16.htm>

Corte Constitucional, Sala Plena. (2018). Sentencia T-278, Expediente T-6.608.761. Obtenido de <https://www.funcionpublica.gov.co/eva/gestornormativo/norma.php?i=87664>

Fernandez, G. o. (2009). Teoria general del contrato y del negocio juridico. Bogota: Temis.

Monsalve, A. (2007). El derecho colombiano de la seguridad social. La licencia de maternidad en el derecho comparado. Obtenido de <http://dx.doi.org/10.15665/rj.v12i1.89>.

Naciones Unidas Derechos Humanos. (1979). Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>

Zuñiga, M. (2016). Humanizar la Salud. Barranquilla: Universidad del Norte.

