

DESPROTECCION DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS
MADRES GESTANTES DURANTE LA LICENCIA DE MATERNIDAD:

DECRETO 2353 DE 2015

JULIANA SOTO RESTREPO

TRABAJO DE GRADO COMO REQUISITO PARCIAL PARA OPTAR AL TITULO
DE ABOGADO

ASESOR

JOSE GABRIEL RESTREPO – ABOGADO ESPECIALISTA

UNIVERSIDAD EAFIT

ESCUELA DE DERECHO

2017

Nota de Aceptación

Firma del Presidente del Jurado

Firma del Jurado

Firma del Jurado

Medellín, octubre 04 de 2017

CONTENIDO

	Página
GLOSARIO	
1. RESUMEN.....	7
2. INTRODUCCION	8
2.1 FORMULACIÓN DEL PROBLEMA; OBJETIVOS GENERALES Y ESPECÍFICOS	
3. MARCO TEORICO	12
3.1 JUSTIFICACION	
3.2 CONVENIENCIA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD	
4. PARAMETROS INTRODUCTORIOS	15
5. CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	19
5.1 CONTEXTO	
5.2 NORMA CONCRETA	
5.3 FACULTADES DEL GOBIERNO PARA EXPEDIR DECRETOS REGLAMENTARIOS Y SUS POSIBILIDADES	
6. CAPITULO II: ANTECEDENTES	35
6.1 COMPILACION DE DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL	
6.2 COMPILACION DE LA REGULACION DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD MAS RECIENTE	
6.2.1 Normatividad constitucional.	

6.2.2 Normatividad legal.
6.3ANALISIS DE LA NORMA

7. CAPITULO III: INVESTIGACION	45
7.1DERECHO COMPARADO.	
7.2BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.	
7.3ORGANIZACION PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONOMICOS.	
7.4DECLARACIONES INTERNACIONALES.	
7.4.1 Organización Internacional del Trabajo.	
7.4.2 Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños: Ley 12 De 1991.	
8. DEMANDA	59
9. CONCLUSIONES	90
10. BIBLIOGRAFIA	92

GLOSARIO

- AFILIADO: Calidad que adquiere la persona una vez realizada la afiliación y que otorga el derecho a los servicios de salud del plan de beneficios que brinda el Sistema General Seguridad Social en Salud y, cuando cotiza, a las prestaciones económicas.¹
- E.P.S: Entidad Promotora de Salud.
- FOSYGA: Fondo de Solidaridad y Garantía.
- IBC: Ingreso Base de Cotización.
- I.P.S: Instituciones Prestadoras de Servicios.
- OCDE: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos.
- OIT: Organización Internacional del Trabajo.

¹ COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Decreto 2353 de 2015. Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud. Bogotá, 2015. 4 p.

- POS: Plan Obligatorio de Salud.

- UGPP: Unidad de Pensiones y Parafiscales la cual administra una parte de los derechos pensionales y las prestaciones económicas.

- UPC: Unidad de Pago por Capitación (UPC), es el valor anual que se reconoce por cada uno de los afiliados al sistema general de Seguridad Social en salud (SGSSS) para cubrir las prestaciones del plan obligatorio de salud (POS) en los regímenes contributivo y subsidiado.

RESUMEN

La licencia de maternidad como prestación económica reconocida por las Empresas Promotoras de Salud, está siendo protegida mediante mecanismos judiciales puesto que las normas que la regulan contemplan numerosos condicionantes que deben ser retirados del ordenamiento jurídico, para así generar solidez en las garantías que deben conferirse a las madres gestantes.

INTRODUCCION

Al emprender el estudio y análisis de temas relacionados con el derecho, surgen ideas de suma relevancia, comienzan a producirse numerosas inquietudes sobre el contenido y estructura de los mismos, la funcionalidad que puede tener y la valoración sobre si realmente es un material aplicable a la realidad. Los derechos fundamentales están en todos los contextos, pero de manera particular este trabajo se centra en el área de la Seguridad Social como un Derecho Fundamental que se materializa en normas decorosas, pero que en el día a día se viola e inaplica de manera desmesurada, sin poner en alto el peligro que supone exponer a los ciudadanos a la desprotección de sus Derechos inherentes, aquellos que consuman la esencia del ser humano en una sociedad de participación, escucha y protección.

El sistema de Seguridad Social comprende múltiples derechos, entre ellos la licencia de maternidad. Por lo anterior, es necesario atender a la importancia que tiene la mujer en la sociedad, como gestadora de vida de seres de especial protección como lo son los niños e infantes, que necesitan de todo el despliegue y maniobrar del Estado para la garantía de una próspera y fructífera vida, es ella la que le otorga sentido al tema a desarrollar, pues la mujer jamás se podrá desenvolver adecuadamente en esta etapa sino es con recursos o prestaciones económicas para poder adquirir lo necesario para el desarrollo del niño y el desempeño de su labor maternal, sin que se descuiden otros ámbitos de su vida que le han y le permitirán ir evolucionando y progresando en una sociedad que fluctúa con el tiempo.

En esta época donde el mundo se mueve por influencias de dinero y poder, muchas veces se desampara a las personas que más ayuda necesitan, desasistiendo y degradando la dignidad del ser humano, dejándolo por debajo de los intereses personales que tienen aquellas personas investidas de autoridad, poder y grandes vínculos que les permiten manejar a su arbitrio y sin remordimiento alguno los procesos que materializan derechos, siendo en lo más mínimo eficientes con un número reducido de la población, con costos reducidos pero sin dejar que se evidencie el crudo egoísmo que envuelve el dinero y que ayude a custodiar una mayor ración que enriquezca los bolsillos de ese pequeño porcentaje que tiene todas las comodidades y lujos y que aun así no logran saciar sus caprichos, llenando vacíos a costa de las personas que luchan cada día por sobrevivir, adueñándose de los recursos públicos, aquellos que deberían cubrir numerosas carencias que tiene la mayoría de la población de Colombia.

En consecuencia, el presente trabajo pretende plantear, esclarecer y buscar posibles soluciones a los impedimentos que tienen las mujeres colombianas gestantes o próximas a hacerlo, con respecto a su Derecho a la Seguridad Social integral y de manera más específica a la licencia de maternidad remunerada.

Se procurará de manera visionaria lograr un impacto positivo en la obtención de garantías y beneficios, para la protección incondicional del Estado con las mujeres, de forma que se pueda lograr aminorar la violación del Derecho previamente mencionado generando un precedente y un ultimátum en la

aplicación normativa, que deje así de estar constituyendo un yerro para el Derecho colombiano.

Se buscará pues que la realidad y la norma entren en coherencia, sin dejar de ajustarse a las necesidades que cada día va presentando la sociedad y los avances que se van logrando de manera incesante por las honorables Cortes de nuestro país y por nuestro Congreso en ejercicio de su poder legislativo.

Todo será analizado y justificado de modo tal que genere claridad para el lector sobre la importancia que tiene para el Derecho colombiano el planteamiento y la solución del problema actual e inminente.

Con relación a lo precedido se plantean dos (2) objetivos generales:

- Identificar los elementos que constituyen cada derecho planteado, la Seguridad Social Integral como conjunto de entidades, la licencia de maternidad como garantía dada por la Ley laboral y la importancia que tiene cada uno de ellos dentro del ordenamiento.

- Abordar la normatividad colombiana como precedentes, sentencias y reglamentación de la Seguridad Social de manera puntual.

Como objetivos específicos, se plantean los siguientes, Tres (3):

- Evidenciar la conveniente modificación normativa del Decreto 2353 de 2015, que compone el régimen de la licencia de maternidad y su reconocimiento, se hará de manera responsable con argumentos sólidos que muestren el compromiso con el cual se desarrollará la tesis de modo tal que el lector y el ciudadano común pueda entender el problema a dilucidar.
- Exponer normas internacionales como los convenios con la OIT y OCDE como organizaciones protectoras del desarrollo económico y de los derechos de los trabajadores.
- Instruir con derecho comparado la diversidad de percepciones y protección a la Maternidad que existe en distintos países.

MARCO TEORICO

JUSTIFICACION

El presente trabajo busca analizar y descomponer la construcción jurídica del Derecho a la licencia de maternidad en la Seguridad Social colombiana, los precedentes y normas que lo configuran y dan soporte a la posibilidad de su reconocimiento, pago y disfrute.

Se investigará el problema jurídico, su fuente y las consecuencias que conlleva la violación al Derecho fundamental a la Seguridad Social, de modo tal que se pueda encontrar una solución para erradicar esta problemática que afecta a las mujeres colombianas.

Debido a que la reglamentación colombiana es tan laxa, incompleta y ambigua, se generan situaciones donde se acorrala a los ciudadanos por la mala aplicación de la normatividad, sobre la licencia de maternidad como prestación económica a favor de las gestantes, las Entidades Promotoras de Salud niegan su pago y reconocimiento, fundamentando lo anterior en la mora del empleador, exculpándose de lo que es de su competencia por Ley, es decir, el cobro de las cotizaciones por parte de los empleadores respecto del trabajador.

Es importante el tema que se abordará ya que afecta a numerosas mujeres colombianas que gestan cada año² y al hacerlo encuentran trabas en los procesos para acceder a sus derechos, ya sea por la ineptitud del sistema al realizar los cobros de los aportes o por la negligencia del empleador que debe de cubrir los gastos de Seguridad Social del trabajador y no lo hace, demostrándose así que la responsabilidad directa de situaciones negativas a la solicitud de derechos nunca es de la trabajadora, lo que es un argumento ostensible para dejar sin vigor los apartes de las normas que contradicen los pronunciamientos de las Altas Cortes colombianas que se dejarán al descubierto a lo largo y ancho de esta investigación.

Lo anterior deja en desamparo y viola principios constitucionales³ como la protección a la vida como bien jurídico de máxima relevancia, la protección de los niños y la familia en alimentación, cuidados y demás.

² COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Constitución Política de Colombia. Artículo 11, 42 y 44. [Online] Bogotá, 1991. [Citada: 25 agosto 2016] http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm

³ DANE. Boletines políticos y culturales. [Online] Bogotá, 2016. [Citada: 02 septiembre 2016] <http://www.dane.gov.co/index.php/esp/component/content/article/110-boletines/encuestas-politicas-y-culturales/6232-nacimientos-2015-preliminar>

Es propicio pues resolver y dejar una observación importante que ayude a las mujeres a no ser discriminadas y a proteger el Derecho a la Igualdad tanto del recién nacido como de su gestadora.

CONVENIENCIA Y PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO

La Corte Constitucional en la Sentencia T-190 de 2016 expresó:

Frente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que, en principio dicho mecanismo constitucional es improcedente, ya que es un derecho de carácter prestacional. En este sentido, sería necesario que el tutelante acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de la misma. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad, el mecanismo de amparo se convierte en la acción judicial procedente para obtener su pago.

Cabe resaltar que a pesar de que no procede directamente es trascendental, pues no hay mayores mecanismos que permitan proteger este derecho prestacional y las personas que se ven en inminente peligro por no tener fondos para cubrir las necesidades básicas tanto de la madre como del hijo, necesitan acciones que generen resultados inmediatos antes de que se materialicen afectaciones a salud. Los afiliados deben acudir a la Acción de Tutela, lo cual genera en el sistema congestión e inconveniencias.

PARAMETROS INTRODUCTORIOS

Dado que la mirada central de este análisis está puesta en la licencia de maternidad como Derecho contenido en la Seguridad Social, es necesario dilucidar algunos parámetros para una completa comprensión de lo que se relatará.

Para empezar, es preciso definir qué es el Sistema de Seguridad Social Integral en Colombia y que elementos lo componen, de forma tal que se evidencie su significación.

Este sistema es un conjunto de garantías tanto económicas como prestacionales, recogidas en normas y organizaciones que buscan dar protección a los derechos consagrados en la Constitución Política de Colombia de 1991 otorgados a todos los ciudadanos de la República; el mismo está integrado por tres subsistemas, el de pensiones, el de riesgos laborales (ARL) y el de salud, subsistemas compuestos por entidades o aseguradoras respectivamente, que prestan sus servicios mediante mecanismos que permiten el acceso. Además, “Es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley”⁴.

⁴ COLOMBIA. PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Constitución Política de Colombia. Artículo 48. [Online] Bogotá, 1991. [Citada: 15 septiembre 2016]

Lo anterior concebido por la Corte Constitucional en la Sentencia C-543 de 2010 como un mecanismo eficaz de protección de numerosos derechos fundamentales y en la Sentencia T-164 de 2013 como un derecho fundamental en sí mismo, protegido por la Constitución Política de Colombia de 1991 en los artículos 48 y 49, reiterado como línea jurisprudencial de la Corte.

La licencia de maternidad, como una garantía que ofrece la Ley laboral (1468 de 2011), modificada por la Ley 1822 de 2017 será entendida como:

Medida de protección a la mujer embarazada, para garantizarle los servicios médicos, quirúrgicos, hospitalarios y farmacéuticos antes, durante y después del parto, con normas atinentes al régimen de prestaciones económicas y a la salvaguarda de valores y principios constitucionales y legales, también reconocidos en Convenios internacionales. La Constitución Política de 1991, al instituir a Colombia como Estado social de derecho, extendió destacada protección a diversos grupos especiales de la población, entre ellos las mujeres, aún más reforzada si está gestando.⁵

Lo anterior reconocido por el Código Sustantivo del Trabajo en su artículo 236 como un descanso remunerado al que tiene Derecho toda mujer trabajadora.

http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 646 de 2012. [Online] Bogotá. [Citada: 15 de septiembre de 2016] <http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-646-12.htm>

Todo ello tiene como objetivo central “Propósitos inviolables: (i) propiciar que la madre goce de un mayor descanso, que en parte le permita recuperarse y cuidar a su niño; (ii) resguardar el derecho al mínimo vital, gracias a la continuación de la remuneración;(iii) reafirmar la responsabilidad social que debe existir entre la madre y el empleador, y la solidaridad de éste, con miras a la protección del nuevo miembro de la familia.”⁶

Igualmente es necesario entender cómo se realiza el pago de la mencionada Licencia, según la Superintendencia de Salud en la Circular 11 de 1995 en su numeral 1.4:

El valor a pagar mensualmente de la licencia de maternidad equivale al ciento por ciento (100%) del salario que devengue al momento de entrar a disfrutar del descanso. El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutan de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada; los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde este afiliado el cotizante, a su vez estas entidades lo cobrarán a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía en la compensación mensual, tal como se describe en la presente circular. Cuando se presenten traslados de EPS, los descuentos deberán ser realizados a la nueva entidad en su primer pago quien repetirá en la parte correspondiente ante la anterior.” La citada disposición a pesar de ser tan antigua se encuentra vigente y define con gran precisión el valor a pagar por licencia de maternidad; así mismo el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo consagra que la remuneración del descanso en época de parto será igual al salario que

⁶ *Ibíd.*, p. 18.

devengue al momento del disfrute y causación de la misma, es decir, el equivalente de un 100%.⁷

Por último, la cotización es entendida por la Real Academia de la Lengua Española, como el pago de una cuota o de un gasto colectivo como la Seguridad Social; para el sistema la cotización es un aporte que se hace a un fondo colectivo o a una cuenta individual con solidaridad que busca cubrir los gastos de la población colombiana cotizante en materia de Salud, Pensión, Incapacidad y demás remuneraciones a las que haya derecho en cada caso concreto, todo ello se hace en base al IBC el cual se calcula con las siguientes formulas:

IBC = [Salario Básico / Días Mes] * Días Trabajados + Bonificación (Trabajadores Dependientes)

IBC = [(Salario integral * 70%) / Días Mes] * Días trabajados (Trabajadores Dependientes)

IBC = [(Remuneración mensual * 40%) /Días mes] * Días trabajados (Trabajadores independientes)

⁷ COLOMBIA. SECRETARIA DEL SENADO. Código Sustantivo del Trabajo. [Online] Bogotá. [Citada 15 de septiembre] http://www.secretariassenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr008.html#236

CAPITULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CONTEXTO

La licencia de maternidad es una garantía y protección que ha brindado el Estado por medio de normatividad y jurisprudencia a las mujeres que se encuentran vinculadas a una actividad laboral para su sobrevivencia, este amparo busca que no sean discriminadas ni retiradas de sus trabajos con motivo de su estado de gravidez. Idealmente el subsidio plantea ser una alternativa o ayuda para con la madre y el recién nacido que cubra necesidades tan básicas como la alimentación, el desarrollo del bebé y el cuidado de la lactancia para que la gestante pueda realizar su labor maternal sin inconvenientes y con los medios de subsistencia necesarios.

De forma infortunada no todas las mujeres colombianas que se encuentran en esta etapa de sus vidas pueden cobijarse por estos beneficios debido al mal funcionamiento de la administración de la salud y sus recursos; constantemente las Empresas Promotoras de estos servicios se encuentran en crisis económicas que impiden realizar sus tareas de una manera eficaz y oportuna para no generar transgresiones, una causa por la cual niegan las peticiones de los afiliados.⁸

⁸ REVISTA DINERO. Déficit presupuestal del sector salud para 2017 es de \$5,5 billones. [Online]. Bogotá, 2016. [Citada 26 marzo de 2017] <http://www.dinero.com/pais/articulo/fallas-y-deudas-de-la-salud-en-colombia-para-2017/240422>

De acuerdo al Ministerio del Trabajo en Colombia hay 22 millones de trabajadores, de los cuales solo 7.7 millones cotizan a la Seguridad Social ⁹, el cual es un bajo porcentaje pues no es ni siquiera el 50% de la población laboral activa.

La principal causa de un Sistema de Seguridad Social congestionado y en crisis es la limitación presupuestal que tienen las Empresas Promotoras de Salud y el Estado. El Estado en cuanto al manejo del presupuesto nacional del ejecutivo donde cada vez se presenta mayor endeudamiento en áreas como la educación, la guerra en su momento, el proceso de paz entre otros, además de la imposibilidad de implementar mayor aporte tributario de los contribuyentes, lo cual implica pocos ingresos o un indebido manejo de los mismos y deudas millonarias que pueden empeorar cada año cuando la inversión disminuye, esto tiene un gran impacto en la calidad y cantidad del servicio que se puede prestar, pues disminuyen ambos factores dejando a las Empresas Promotoras en una encrucijada donde deben maniobrar para prestar los servicios en la menor cantidad posible y de modo que se genere ahorro y poco gasto.

Por otro lado, el yerro en la afiliación de un sin número de trabajadores configura otra causa de la crisis del sistema, ya que como se mencionó anteriormente, más

⁹COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Pensiones. [Online]. Bogotá, 2016. [Citada 17 julio de 2017] <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/pensiones>

del 50% de la mano de obra colombiana no se encuentra cobijada por la afiliación y cotización, lo que impide pues el acceso a la salud, la pensión y demás beneficios que brinda la Seguridad Social como la licencia de maternidad, esto debido a la mala implementación de la normatividad donde resulta, en muchos casos, bastante oneroso y desproporcionado afiliar todos los empleados de una compañía que laboran por prestación de servicios, así como resulta gravoso y en ocasiones impensable, que los trabajadores independientes se vinculen al sistema pues tienen ingresos tan bajos que no conciben la deducción de un porcentaje de su salario para ser benefactores del régimen, estos últimos son los principales causantes del problema, así lo manifestó “La Unidad de Gestión de Pensiones y Parafiscales, UGPP, tras presentar el informe anual del comportamiento de la Seguridad Social en el país, según el cual, el mayor problema se presenta en los trabajadores independientes, que participan con el 70,1 por ciento de la evasión total, es decir, ahí se están perdiendo 6,8 billones de pesos del recaudo que no llega a la bolsa de la Seguridad Social”¹⁰.

Por último, otra causa es la corrupción que debilita aún más la eficacia de la prestación de los servicios y garantías, ello debido a la descentralización del sistema y la debilidad de los sistemas de control e información, además, de los constantes cobros infundados por medio de las empresas promotoras de salud al FOSYGA¹¹, que constituyen pérdidas millonarias.¹²

¹⁰ PERIODICO EL TIEMPO. Por evasión, seguridad social dejó de percibir \$ 9,7 billones – Sectores – El Tiempo [Online]. Bogotá, 2016. [Citada 25 agosto de 2016] <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/evasion-en-aportes-de-seguridad-social-en-colombia-2016/16633258>

¹¹ PERIODICO EL TIEMPO. Unas 15 EPS habrían hecho recobros ilegales por más de 50.000 millones. [Online] Bogotá, 2016. [Citada 25 agosto de 2017] <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/eps-habrian-hecho-cobros-ilegales-al-fosyga-35038>

El FOSYGA “Fondo de Solidaridad y Garantía” es una cuenta adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social manejada por encargo fiduciario, sin personería jurídica ni planta de personal propia, cuyos recursos se destinan a la inversión en salud.”¹³, esté creado por la Ley 100 de 1993 para cubrir los riesgos catastróficos y accidentes de tránsito.

La Corte Constitucional ha establecido en el Auto 078 de 2012:

Cuando una persona requiere un servicio de salud que no se encuentra incluido dentro del Plan Obligatorio de Servicios y carece de recursos para cubrir el costo, las EPS deben cumplir su responsabilidad y asegurar el acceso. Es el Estado quien ha de asumir el costo del servicio por cuanto le corresponde la obligación de garantizar el goce efectivo del derecho. La jurisprudencia constitucional y la regulación han reconocido a la entidad aseguradora el derecho de repetir contra el Estado a través del Fosyga. El adecuado financiamiento de los servicios de salud no contemplados en el POS depende del correcto flujo de recursos por parte del Estado para cubrir el pago de los recobros que reglamentariamente sean presentados por las entidades. En la medida en que tales costos no están presupuestados por el sistema dentro del monto que recibe la entidad aseguradora de la prestación del servicio de salud por cuenta de cada uno de sus afiliados o beneficiarios (UPC), su falta de pago atenta contra la sostenibilidad del sistema y al acceso a la prestación de los servicios de salud que se requieran con necesidad. Al ser las entidades encargadas de garantizar la prestación del servicio (EPS), o incluso las instituciones prestadoras de salud (IPS), las que suelen asumir los costos de la demora de los pagos de los recobros, se genera además, una

¹² PERIODICO EL TIEMPO. El regaño de la Corte a Minsalud por los recobros de la salud. [Online] Bogotá, 2016. [Citada 13 octubre de 2017] <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16521849>

¹³ COLOMBIA. Fondo de solidaridad y garantía. [Online] Bogotá. [Citada 15 septiembre de 2016] <http://www.fosyga.gov.co/AcercadelFOSYGA/QuéHacemos/ECAT/InformaciónGeneral/tabid/262/Default.aspx>.

presión sobre éstas para dejar de autorizar la prestación de servicios no contemplados en el POS. Así pues, en la medida que la capacidad del Sistema de Salud para garantizar el acceso a un servicio de salud depende de la posibilidad de financiarlo sin afectar la sostenibilidad del Sistema, el que no exista un flujo de recursos adecuado para garantizar el acceso a los servicios de salud que se requieran con necesidad, no incluidos dentro de los planes de servicio, obstaculiza el acceso a dichos servicios. Con relación al cumplimiento oportuno de los fallos de tutela y al derecho al recobro de servicios médicos no cubiertos por el plan de beneficios ante el Fosyga, se plantean, a su vez, tres conjuntos de órdenes.¹⁴

El anterior planteamiento como costo financiero que origina el problema, pero el pilar más importante y central para este estudio y su desarrollo está contenido en la normatividad colombiana, específicamente en el Decreto 2353 de 2015, norma que al día de hoy no ha sido demandada y se encuentra completamente vigente; esta norma va en contra de la Jurisprudencia, la normatividad y su avance, es el escudo perfecto para que se propicien negativas a otorgar la licencia de maternidad, en casos en los cuales no se cumple a cabalidad con los presupuestos normativos de la Ley, pues es la reproducción de normas derogadas como el Acuerdo 414 de 2009, artículo 2º ¹⁵, que han dado lugar a dicha violación; así lo ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia T-243 de 2007:

Teniendo en cuenta el gran número de casos revisados por esta Corte, puede afirmarse que se ha convertido en una práctica reiterada que las Entidades Promotoras de Salud nieguen el pago de la licencia de maternidad argumentando la mora en la cancelación de los aportes, con lo cual estarían desconociendo la protección especial a la mujer y a su hijo recién nacido derivada de la Constitución Política y la jurisprudencia de esta Corte. De igual manera, es una actuación recurrente exigirles a los afiliados a las E.P.S. un

¹⁴ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Relatoría: Auto 78 de 2012. [Online]. Bogotá, 2012. [Citada 15 septiembre de 2016] <http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/autos/2012/A078-12.htm>.

¹⁵ COLOMBIA, ALCALDIA DE BOGOTA. Acuerdo 414 de 2009. [Online] Bogotá, 2009. [Citada 26 marzo de 2017] <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=37350>

pronunciamiento judicial previo, mediante el cual se amparen sus derechos fundamentales para hacer efectivo el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la maternidad.¹⁶

No se puede olvidar la gran importancia que tienen las fuentes jurisprudenciales como precedentes para la legislación y el funcionamiento de las instituciones que instruyen justicia en el país.

NORMA CONCRETA: NORMATIVA VIOLATORIA DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES EN ESTADO DE GRAVIDEZ, DECRETO 2353 DE 2015

Las disposiciones del decreto 2353 de 2016 que generan inconvenientes rezan así:

- “Artículo 30. Suspensión de la afiliación. La afiliación se suspenderá en los siguientes casos:
30.1 cuando el cotizante dependiente o independiente o el afiliado adicional incurra en mora en los términos establecidos en los artículos 71 al 75 del presente decreto. (...)”

¹⁶ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 243 de 2017. [Online] Bogotá, 2007. [Citada 26 marzo de 2017] <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/T-243-07.htm>

- “Artículo 71. Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores dependientes.

El no pago por dos períodos consecutivos de cotizaciones a cargo del empleador, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora, producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS. Durante el período de suspensión, el empleador en mora deberá pagar el costo de los servicios de salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes.(...) Cuando el empleador no haya cumplido con la obligación de efectuar descuento del aporte del trabajador y se encuentre en mora, durante el período de suspensión de la afiliación, la EPS en la cual se encuentre inscrito el trabajador no estará obligada a asumir la prestación de los servicios de salud, salvo que se trate de la atención de gestantes y de menores de edad. (...).

- “Artículo 73. Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores independientes.

El no pago por dos (2) períodos consecutivos las cotizaciones del independiente dará lugar a la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios a cargo de la EPS en la cual se encuentre inscrito, siempre y cuando ésta no se hubiere allanado a la mora. Durante el período de suspensión de la afiliación, los servicios que demande el trabajador independiente y su núcleo familiar les serán prestados a través de la red pública y estarán a su cargo los pagos previstos en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (...) No habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o la EPS, durante los períodos de mora, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la misma (...).

- “Artículo. 78. Licencia de maternidad. (...) En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al

reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación (...)"

Se identificaron problemáticas concretas respecto de las normativas anteceditas los cuales serán expuestos a continuación:

1. Desafiliación y suspensión de las prestaciones económicas. El artículo 30 y 71 del mencionado decreto 2353 de 2015 establecen que la mora (por dos períodos sucesivos) genera la desafiliación del sistema y del plan de beneficios de la EPS, con la única excepción de las atenciones de urgencias, lo cual deja de lado las prestaciones asistenciales y económicas que componen el mínimo vital de las mujeres embarazadas y su hijo, para su digno sustento, así lo ha definido la Corte Constitucional en la Sentencia T- 365 de 2007 donde expone: “Esta Corporación ha indicado que la licencia de maternidad representa una prestación económica “[e]n favor de la madre trabajadora que con ocasión del embarazo y parto, requiere de un descanso que le permita recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.”.

Lo precedido implica un atropello a los derechos de la mujer, los menores como seres de especial protección constitucional por parte del Estado y la dignidad humana como derecho inherente a todo ser de la raza humana.

Así mismo, el artículo 73 expresa que las prestaciones económicas no serán reconocidas durante los períodos en mora, haciendo énfasis expreso en la licencia de maternidad, un elemento fundamental que no solo protege el entorno de la madre sino que comprende elementos como la alimentación, la recreación, la salud y componentes vitales para que el niño se desarrolle saludablemente y de forma digna, de no ser reconocida puede amenazar la vida de ambos, así lo ha expresa la Corte Constitucional en la Sentencia T-088 de 2008 y la T-503 de 2016.

Debe resaltarse que la obligación de recaudar las cotizaciones a la Seguridad Social está en cabeza de SGSSS-Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) según el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, quien delega esta función a las entidades promotoras de salud como lo establece el artículo 178 de la normativa antecedida.

2. Asistencia médica temporal. El artículo 71 del decreto 2353 de 2015 estatuye que la prestación de salud se prestará a las madres gestantes cuando se presente mora en el pago de las cotizaciones o aportes, rezando únicamente la palabra “gestantes” definida por la Real Academia la Lengua Española como embarazado o preñada, dejando excluidas a quienes se encuentra en la etapa de post parto,

momento para el cual la prestación de servicios de salud es fundamental para la mujer durante el puerperio.

El puerperio se define como el período en el cual anatómica y funcionalmente se producen transformaciones y modificaciones que buscan regresar el cuerpo a su estado pre grávido, involutivamente, así lo define el Dr. Carlos Alberto Cassella y otros en la revista de posgrado de Medicina de la Universidad Nacional del Nordeste de Argentina¹⁷. Este período dura aproximadamente entre 45 y 60 días después del parto, el mencionado documento explica la necesidad de tomar medidas preventivas y de rehabilitación para la mujer ya que se encuentra en un estado de cambios gravídicos que se pueden manifestar en afecciones o complicaciones que pueden poner en riesgo la vida de la madre, es un estado de debilidad manifiesta donde se requiere el maniobrar del Estado.

Lo anterior sin contar la posible depresión perinatal o llamada comúnmente depresión post parto que puede generarse por los cambios hormonales o el estrés que produce conocer territorios inexplorados para el ser humano, lo cual requiere necesariamente ayuda médica y asistencia terapéutica.¹⁸

¹⁷ CASSELLA, CARLOS ALBERTO. Puerperio normal. [Online] Argentina, 2000. [Citada 16 mayo de 2017] https://med.unne.edu.ar/revista/revista100/puerperio_normal.htm.

¹⁸ UTAH DEPARTMENT OF HEALTH. Reacciones Emocionales Y Depresión Postparto (DPP). [Online]. Utah. [Citada 16 mayo de 2017] <http://www.babyourbaby.org/sp/pregnancy/after-pregnancy/emotional-reactions.php>

Todo lo planteado es una muestra clara de la necesaria asistencia que requiere la madre luego de dar a luz a su hijo, por lo cual la asistencia médica solo en la gestación podría generar perjuicios irremediables tanto en la vida de la madre como en la del recién nacido.

3. Condicionante expreso al reconocimiento de la licencia de maternidad. El artículo 78 trae consigo un condicionante para el reconocimiento de la licencia de maternidad, si se presentan períodos en mora en las cotizaciones a salud, estableciendo que habrá lugar a dicha prestación “Siempre y cuando se realice el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas”, dejando desprotegida a las personas que buscaban el reconocimiento de la licencia imponiendo de nuevo una carga ajena en cuanto no se realizó el cobro coactivo oportuno de las cotizaciones en mora, que como ya se explicó es una obligación del FOSYGA delegada expresamente en la entidades promotoras de salud; así lo estatuye el artículo 205 de la Ley 100 de 1993.

Queda en evidencia que la normatividad citada traslada la carga de pago a la afiliada, cuando por menester de la Ley es una obligación de las Entidades Promotoras de Salud, buscando que se asuma la responsabilidad de un procedimiento que es ajeno a la labor de la madre, generando dilaciones en el proceso de reconocimiento y afectando sus derechos.

Todo lo planteado debe ser resuelto en beneficio de los sujetos a quienes cobija la normativa en mención, un mecanismo idóneo para ello sería la Acción Pública de Nulidad Simple, la cual requiere un acto de un ciudadano (demanda) por la Inconstitucionalidad de una Norma, que está en contravía de la Constitución y que precisa la revisión del máximo órgano (Consejo de Estado, órgano encargado de conocer sobre la nulidad de Decretos) donde se pretende un control de legalidad mediante la revisión de la norma buscando la protección del ordenamiento jurídico y por consiguiente su retiro definitivo, dejando de lado de la posibilidad de una errónea interpretación del precepto legal.

De acuerdo al artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, la Acción Pública de Nulidad Simple podrá ser solicitada directamente o por medio de representante, para que se declare la nulidad de los actos administrativos de carácter general que hayan sido expedidos con infracción de las normas en que debía fundarse entre otros.

Así mismo, El Consejo de Estado en la Sentencia con radicado 19130 del 23 de agosto de 2012, Consejero ponente Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, ha establecido que la Acción Pública de Nulidad Simple puede ser ejercida por cualquier persona, en cualquier tiempo y sin necesidad de agotar vía gubernativa, tendiendo por objeto que se declare la nulidad de actos administrativos que infringen normas de carácter superior, persiguiendo la defensa de la legalidad del orden jurídico.

Este planteamiento buscaría la nulidad de determinados apartes de los artículos citados (artículo 30, 71, 73 y 78 del decreto 2353 de 2015) lo cual implicaría que al ser anulados se excluirían del ordenamiento jurídico vigente, así lo ha expresado el Consejo de Estado en la Sentencia con radicado 10266-05 del 8 de febrero de 2007, Consejero ponente Alberto Arango Mantilla “Como se sabe, la declaración de nulidad de un acto administrativo trae como consecuencia la invalidación o la abolición de la decisión allí contenida, esto es, desde el momento mismo en que ésta ha sido expedida, por los efectos ex tunc que produce una sentencia de tal naturaleza, retro trayendo por lo tanto la situación al estado anterior.”

FACULTADES DEL GOBIERNO PARA EXPEDIR DECRETOS REGLAMENTARIOS Y SUS POSIBILIDADES

Las Facultades del gobierno pueden ser extraordinarias o reglamentarias, para nuestro estudio es importante entender de qué se trata la facultad reglamentaria:

La potestad reglamentaria, tiene naturaleza ordinaria, derivada, limitada y permanente. Es ordinaria debido a que se trata de una competencia adscrita por la Constitución dentro de las funciones propias de la Rama Ejecutiva, sin que para su ejercicio requiera de habilitación distinta de la norma constitucional que la confiere. Tiene carácter derivado, puesto que requiere de la preexistencia de material legislativo para su ejercicio. Del mismo modo es limitada porque “encuentra su límite y radio de acción en la Constitución y en la Ley; es por ello que no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la Ley, ni puede dirigirse a reglamentar Leyes que no ejecuta la administración, así como tampoco puede reglamentar materias cuyo contenido está reservado al legislador”. Por último, la potestad reglamentaria es permanente, habida cuenta que el Gobierno puede hacer uso de la misma

tantas veces como lo considere oportuno para la cumplida ejecución de la Ley de que se trate y hasta tanto ésta conserve su vigencia.¹⁹

Cabe resaltar que como lo dispuso la Corte Constitucional en su Auto de 2008 la potestad reglamentaria del gobierno no puede modificar el contenido y espíritu de la Ley, dándole un giro que modifique su esencia, que para el caso concreto es la protección de los trabajadores que se encuentran afiliados al Sistema de Seguridad Social.

De igual forma la Corte Constitucional ha emitido un pronunciamiento semejante en la Sentencia C-1005 de 2008:

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la Ley. Desde esta perspectiva, al presidente de la república le está vedado ampliar o restringir el sentido de la Ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las Leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen Leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la Ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la Ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible

¹⁹ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 049 de 2008. [Online] Bogotá, 2008. [Citada 10 enero de 2017] <http://www.Corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/Autos/2008/A049-08.htm>

alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al Legislador.

Como se ha podido observar la potestad reglamentaria del gobierno debe de estar limitada al preexistente texto, de modo que el espíritu de la Ley se conserve a lo largo del tiempo.

Así mismo, el Consejo de Estado en su Sección Cuarta se ha pronunciado mediante la sentencia del 15 de julio de 1994, expediente 5393, con ponencia del consejero Guillermo Chahín Lizcano, señalando: “la potestad reglamentaria encuentra claros límites en la ley, de tal manera que no puede modificar o cambiar su contenido esencial”; También la Sección Segunda de la misma corporación, en sentencia de 28 de febrero de 2013, con ponencia de la consejera Bertha Lucía Ramírez De Páez estableció:

La función reglamentaria consiste en hacer eficaz y plenamente operante la norma superior de derecho, de manera que so pretexto de la reglamentación, no se pueden introducir normas nuevas, preceptos que no se desprenden de las disposiciones legales, reglas que impongan obligaciones o prohibiciones más allá del contenido intrínseco de la ley, pues esto constituye una extralimitación que afecta la voluntad legislativa, o también, una intromisión del Ejecutivo en la competencia del legislador.

Según lo precedido, la facultad reglamentaria del ejecutivo encuentra límites en la imposición de obligaciones, prohibiciones y condicionantes que originalmente la disposición legal modificada no contemplaba pues no se logra dilucidar que dichas introducciones sean para precisar el sentido de la norma o mejorar las condiciones

de los afiliados al Sistema de Seguridad Social, principio de progresividad contemplado en la regulación laboral y sentencias como la C- 228 de 2011.

CAPÍTULO II: ANTECEDENTES

COMPILACIÓN DE DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para lograr comprender la magnitud del problema planteado es de gran trascendencia recoger algunas sentencias de la Corte Constitucional que dilucidan un panorama más claro del tema, instruyen sobre cómo se ha ido pensando el sistema y en qué línea se ha decidido de forma que se vayan construyendo precedentes y reiteración jurisprudencial. Se desarrollará una recopilación de sentencias relevantes, comenzando desde el año 1999 hasta el día de hoy.

En la Sentencia T-093 de 1999 la Corte Constitucional ha expresado:

Pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos, era necesario aplicar el principio de favorabilidad para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no viesen desmejorados sus derechos. Derechos que, pese a tener un carácter económico, son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido...". Es necesario contextualizar el anterior planteamiento con el Decreto 1338 de 1994 (derogado por el Decreto 806 de 1998) donde los períodos mínimos de cotización eran: "Artículo 25. del período de protección laboral, parágrafo 3: La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a períodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto.

En el momento precedido la Corte no concebía el pago proporcional de la licencia de maternidad.

En la Sentencia T-1205 de 2005 la Corte Constitucional expresó que la licencia de maternidad toma una gran relevancia pues protege el mínimo vital tanto para la madre como para el niño y por ello puede ser protegida y alegada en tutela que protege derechos fundamentales.

En las Sentencias T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1243 de 2005, T-790 de 2005, la Corte Constitucional ha expresado la posibilidad de reconocer el pago de la licencia de maternidad en cuanto la persona se encontraba en imposibilidad de cotizar por diferentes razones y no se logre apreciar el desequilibrio que ello podría generarle al sistema, de forma que el no pago en parte de las cotizaciones no genera la pérdida del derecho o los pagos extemporáneos de las mismas cuando no han constituido mora por falta de requerimiento de las E.P.S.

En la Sentencia T-128 de 2005 la Corte, en un tema sobre desafiliación a la EPS de una mujer gestante por irregularidades, enfatizó: “La responsabilidad de suministrar la información relacionada con la vinculación laboral de sus trabajadores recae principalmente en el empleador. Si por negligencia, aquél no responde a los requerimientos que le realicen las entidades promotoras de salud, el empleado no tiene por qué soportar la carga de que se le suspenda o

interrumpa la prestación del servicio con ocasión del incumplimiento del deber referido.”, esto se conecta con el tema bajo estudio ya que muestra que el empleado no puede sufrir por las omisiones de su empleador o de su EPS (Empresa Promotora de Salud), pues la responsabilidad es directamente de los mencionados.

La Corte en la Sentencia T-136 de 2008 concluyó:

Aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que no cotice al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.

La Corte ha ido pronunciándose en el mismo sentido del aparte anteriormente citado, en sentencias como Sentencia T-554 de 2012, T-368 de 2015, T-092 de 2016, entre otras, expresando que la licencia de maternidad obedece a una protección constitucional del mínimo vital y la dignidad humana, de la familia y el recién nacido, y que debe ser dada en cuanto el juez examine el caso concreto y verifique unas cotizaciones razonables para entregar esta prestación.

En la Sentencia T-088 de 2008 la Corte conoció un caso de desafiliación a la mujer gestante y su hijo por parte de la EPS, aunque no fue por mora en las

cotizaciones es relevante hacer hincapié en ella ya que la Corporación expresó: “La actuación de la EPS, al desafiliar a dos sujetos de especial protección constitucional, no sólo vulneró el derecho fundamental a la salud y a la Seguridad Social de la actora y de su hijo, sino que, además de transgredir el derecho al debido proceso de la señora, amenazó el derecho a la vida de ambos.(...)”, esta sentencia muestra la vulnerabilidad que tienen los sujetos de este estudio y las consecuencias que trae la desafiliación de la misma.

En la Sentencia T-503 de 2016 la Corte explicó:

La evolución de la jurisprudencia constitucional, ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la

intervención del juez constitucional en el asunto, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.

Aunque se encuentra numerosa jurisprudencia como las ya mencionadas Sentencias sobre el tema pero no sobre el problema en concreto, se logran localizar sentencias relevantes de casos similares como la T- 088 de 2008 y T- 128 de 2005, que muestran la conveniencia de corregir las normas antes citadas, buscando evitar vulneraciones de derechos fundamentales.

Así pues, en la actualidad la Corte Constitucional tiene una línea jurisprudencial clara sobre la licencia de maternidad como prestación y derecho fundamental, de modo que las I.P.S y E.P.S deben obrar velando por las garantías de los afiliados al sistema de salud, sin ignorar los pronunciamientos de la Corte y los derechos constitucionales.

Todo lo expuesto muestra la conveniencia de retirar de la normativa colombiana los apartes de los artículos 30, 71, 73 y 78 del Decreto 2353 de 2015, puesto que dan cabida a desprotecciones en situaciones en que el empleador se encuentre en mora, ya sea por omisión de la entidad en adelantar las acciones de cobro correspondientes o por deuda del mismo, circunstancia que es ajena a la responsabilidad de la afiliada.

COMPILACIÓN DE LA REGULACIÓN DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD MÁS RECIENTE

Normatividad constitucional. En la Constitución Política de Colombia de 1886 no se hablaba específicamente de la protección a la mujer y su estado de gravidez, únicamente se protegía de manera especial el trabajo, la honra y los bienes de quienes habitan el País.

La Constitución Política de Colombia de 1991 es sin duda el gran paso a un Estado más equitativo, donde se elimina la discriminación, se les otorgan más derechos a los ciudadanos y se da un paso fundamental con la inclusión de los más débiles para la época anterior, las mujeres y los niños. Esta nueva carta política esta forjada de derechos fundamentales, de la voz del pueblo y de controles garantistas que enmarcan el Estado social de derecho.

La mujer, un ser que ha pasado por los años batallando por la igualdad de oportunidades y por sus derechos, encuentra por primera vez la protección del Estado en la carta magna, en disposiciones como el artículo 43 : “La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”. La norma anterior representa

sin lugar a dudas el avance más importante de la mujer en Colombia, pues esta normativa es la que ha desencadenado toda la producción normativa en aras de su amparo tanto en oportunidades y en derechos, como en momentos de vulnerabilidad como lo es el estado de gravidez.

Normatividad Legal. La regulación de la Licencia de maternidad en Colombia es relativamente reciente, puesto que la mujer ha pasado por momentos de grandes hostilidades para que se le reconozcan garantías semejantes a las que tiene el hombre, siempre fue objeto de discriminación y violencia en una sociedad que aún no ha podido dejar atrás el machismo, viéndose doblegada a la voluntad del hombre; solo hasta 1931 con la Ley 83 se concibió el pago personal e independiente de los salarios para el hombre y la mujer, un gran avance que fue el comienzo de un constante desarrollo sobre sus derechos y libertades. En 1957 se le reconocieron los derechos del ciudadano lo cual implicaba la posibilidad de que pudiesen votar, dando mayor cabida al reconocimiento de la dignidad y valor de la voz de la mujer.²⁰

Solo hasta 1938 se firma la Ley 53 buscando proteger a la mujer en estado de embarazo la cual estableció: “ARTÍCULO 1o. Toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas o empresas, de carácter oficial o particular, tendrá derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada de ocho semanas.

²⁰ PÉREZ, A., DOMÍNGUEZ, S. Public policies for women in Colombia: The double condition of mother and working woman in 20th century legislation. [online] Cali, 2012 [Citado 26 mayo de 2017] http://www.scielo.org.co/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1900-38032012000100006

Esta licencia empezará a contarse desde el día indicado por el médico de la interesada.”

Es allí (1938) donde por primera vez se habla de una Licencia remunerada para las mujeres que estén activamente en el área laboral y que se encuentren en embarazo, buscando dar mayor protección a la mujer, además, de traer consigo la prohibición de despedirla: “ARTÍCULO 2o. No podrá despedirse de su oficio a ninguna empleada u obrera, por motivos de embarazo o lactancia y se conservará el puesto a la que se ausente por causa de enfermedad proveniente de su estado.”

Posterior a la nombrada Ley, se modificó por el Decreto 2350 de 1938 y se produjeron numerosos Decretos que fueron aclarando con más detalle este ámbito e incluyeron luego esta regulación en el Código Sustantivo del Trabajo (Decreto Ley 2663 del 5 de agosto de 1950); en el año 1990 se creó la Ley 50 que modificó el Código Sustantivo del Trabajo e incluyó nuevas disposiciones tales como protección especial del Estado a la Maternidad (Artículo 33), descanso remunerado en la época del parto con derecho a doce (12) semanas, la prohibición de despido durante el estado de gravidez y la indemnización en caso de hacerse sin autorización de la autoridad competente; por su lado la Ley 100 de 1993 incluye la anterior regulación como un derecho de la Seguridad Social para todas las mujeres que se encuentran laborando, además, la Ley 755 de 2002 introdujo la licencia de paternidad como un Derecho para los padres.

La penúltima reforma se produjo con la Ley 1468 de 2011 en su Artículo 1º modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, aumentando las semanas de licencia a catorce (14) dando protección a la familia incluyendo padre, recién nacido y claramente a la mujer, en mayor consideración para partos múltiples o prematuros; y finalmente la última reforma se realizó en la Ley 1822 de 2017 la cual se aumentó el período de la licencia de 14 semanas a 18 semanas.

Con respecto al pago de la licencia, el Decreto 806 de 1998 en su artículo 63 establecía que para realizar el pago de la misma se necesitaba que la afiliada hubiese cotizado a la Seguridad Social un período igual al de gestación y el Decreto 047 de 2000 en su artículo 3 decretaba períodos mínimos de cotización ininterrumpidos y completos al período de gestación para ser concedida.

En el año 2015 se expidió el Decreto 2353 que concibe artículos problemáticos tales como el 30, 71, 73 y 78; uno de ellos reza así:

Artículo 78. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

En los casos en que, durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las

cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación. (...).

CAPÍTULO III: INVESTIGACIÓN

DERECHO COMPARADO

Existen numerosas variaciones en la regulación de los derechos de los ciudadanos dependiendo del país al cual se aluda; es importante conocer las diferencias para lograr entender la concepción y protección que cada nación confiere a temas determinados. Por lo anterior, es relevante lograr conocer el Derecho de 4 países diferentes a Colombia, integrantes de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) de la cual Colombia busca ser miembro, tales como: España, Francia, Suecia y Chile, con respecto al período de licencia de maternidad como a continuación se expone.

Tabla 1. Relación de países y períodos de la licencia de maternidad.

PAÍS	LICENCIA DE MATERNIDAD PERÍODO
------	-----------------------------------

CHILE	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta 24 semanas. • Nacimientos múltiples con aumento de 7 días por cada bebé adicional. • Prórroga por enfermedad. • Asistencia médica gratuita y salario completo dependiendo de la modalidad que se adopte, pues existen tres (3) (Ley 20545, Chile). • Quién paga: El Estado y la institución de salud a la que se pertenezca. • Requisitos: <ul style="list-style-type: none"> - Trabajadores dependientes: 6 meses de afiliación a una Administradora de fondos de pensiones y 3 más cotizaciones previsionales, continuas o discontinuas, dentro de los 6 meses anteriores al prenatal. Así mismo, deben estar afiliadas a FONASA (Fondo nacional de salud) o a una ISAPRE. (Institución de salud previsional). - Trabajadores independientes: un año de afiliación a una AFP, y seis o más cotizaciones previsionales continuas o discontinuas, dentro de los doce meses anteriores al prenatal. Además, deben estar afiliadas a FONASA o a una ISAPRE. - Trabajadores temporeras: tienen que estar cesantes al momento de iniciar el prenatal (seis semanas antes del parto), además de cumplir los siguientes requisitos antes de quedar embarazadas: Acreditar un año mínimo de afiliación en una AFP y FONASA o ISAPRE; Contar con ocho o más cotizaciones
-------	---

	<p>previsionales (continuas o discontinuas) como trabajadoras dependientes, dentro de los últimos 24 meses; la última cotización puede ser bajo cualquier tipo de contrato a plazo fijo, por obra o faena determinada.²¹</p>
<p>ESPAÑA</p>	<ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas ininterrumpidas que puede sumarse con el período de vacaciones. • Derecho a salario completo. • Quién paga: La Seguridad Social. • Requisitos: <ul style="list-style-type: none"> - Estar afiliados y en alta o en situación asimilada de alta. - Tener cubierto un periodo de cotización de 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del parto o al inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral. - No obstante, este período mínimo es gradual, según la edad para los trabajadores que causen prestaciones por maternidad: <p>Menores de 21 años: no se exige periodo mínimo de cotización.</p> <p>Cumplidos 21 años y menor de 26: 90 días cotizados</p>

²¹ CHILE, ATIENDE. Post natal. [Online] Santiago, 2017. [Citada 13 octubre de 2017] <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/8647>

	<p>dentro de los 7 años inmediatamente anteriores a la fecha del inicio del descanso o, alternativamente, 180 días cotizados a lo largo de la vida laboral.</p> <p>Mayor de 26 años: 180 días dentro de los 7 años inmediatamente anteriores al momento del inicio del descanso o, alternativamente, 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral.²²</p>
SUECIA	<ul style="list-style-type: none"> • 96 semanas. • 80% de remuneración. • Quién paga: La agencia sueca de seguro social²³.
FRANCIA	<ul style="list-style-type: none"> • 16 semanas. • Parto doble, 34 semanas. • Parto triple, 46 semanas. • 100% del salario. • Quién paga: Las cajas primarias del seguro de enfermedad (CPAM) en Francia metropolitana, y por las cajas generales de Seguridad Social (CGSS) en los departamentos de ultramar.²⁴ • Requisitos:

²² ESPAÑA, SEGURIDAD SOCIAL. Trámites y gestiones. [Online] 2017. [Citada 13 octubre de 2017] http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm

²³ SUECIA, INFORMATION OM SVERIGE. El seguro parental. [Online] 2016. [Citada 13 octubre de 2017] <https://www.informationsverige.se/Spanska/Samhalle/Samhallsorientering/Paginas/Ekonomiskt-stöd.aspx#>

²⁴ FRANCIA, EL SISTEMA FRANCES DE PROTECCION SOCIAL. Seguro de enfermedad, maternidad y paternidad. [Online] 2017. [Citada 13 octubre de 2017] http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/es_1.html

	- Estar afiliada a la Seguridad Social o ser la esposa, nuera, hija de un trabajador afiliado.
--	--

En los países del continente europeo se muestra un mayor apoyo a la mujer con respecto al salario y condiciones de descanso para la época de gravidez, siendo Suecia un referente muy particular por su extensa licencia. Por otro lado, los países latinoamericanos tienen menor significación temporal y entre los más bajos estaba Colombia hasta el 2016 con 14 semanas, posteriormente en el 2017 se expidió la Ley 1822 de 2017 que aumento las semanas de 14 a 18 como lo proclama el mínimo internacional.

Lo precedido muestra la importancia que tienen los infantes en la regulación normativa del mundo, buscando el desarrollo integral de cada uno de ellos, la asistencia completa de su madre en la etapa de desarrollo y mayor vulnerabilidad del recién nacido, así como la lactancia materna, el calor y amor con vínculos socio afectivos que formarán las bases de un desarrollo saludable.

BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El bloque de constitucionalidad es definido por la Corte Constitucional como:

Unidad jurídica compuesta “por...normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las Leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución. Son pues verdaderos principios y reglas de valor constitucional, esto es, son normas situadas en el nivel constitucional, a pesar de que puedan a veces contener mecanismos de reforma diversos al de las normas del articulado constitucional strictu sensu.”²⁵

El Bloque de Constitucionalidad se encuentra en un nivel jerárquico igual al de la Constitución Política de Colombia, pues esta no es lo suficientemente amplia y completa para contener todos los aspectos relevantes que se necesitan para el funcionamiento y regulación en un Estado Social de Derecho. Este bloque está conformado por normas nacionales e internacionales que tienen como finalidad llenar vacíos legales que no encuentran sustento en normas interna ni en la Constitución, además de ser una garantía de coherencia con los elementos que lo conforman, como lo son los tratados o convenios que ha ratificado Colombia en las organizaciones a las que pertenece tanto de derechos humanos como de mecanismos, protecciones o deberes del Estado con sus ciudadanos, es decir, a este pertenecen los tratados de la OIT sobre la maternidad y los tratados sobre los derechos del menor y la mujer.

²⁵ COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C- 067 de 2003. [Online] Bogotá, 2003. [Citada 2 abril de 2017] <http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2003/c-067-03.htm>

El sustento normativo del bloque de constitucionalidad se encuentra en la Constitución Política de Colombia en el Artículo 93 el cual reza así: “Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”, además de los artículos 9, 94, 101 y 214 los cuales consagran la importancia que tendrán los principios del derecho internacional en el funcionamiento del Estado así como en los derechos que se otorgan a la población.

Es importante destacar que todos los convenios o tratados ratificados por Colombia no hacen parte del bloque de constitucionalidad, sino únicamente los que regulan derechos humanos o derechos que no se puedan limitar en estados de excepción y no aquellos que regulan aspectos de organización o administración; así lo ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia C-401 de 2005.

Es relevante distinguir entre el bloque en sentido lato y en sentido estricto; en sentido lato significa que lo integran todas las normas que sirvan de interpretación o parámetro de control de constitucionalidad y en sentido estricto solo se conforma por normas o principios que regulen derechos humanos que no pueden ser limitados ni aún cuando exista un estado de excepción.

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS

Es una organización fundada en 1961, la cual es integrada por más de 35 países y sirve para promover políticas que ayuden a mejorar las condiciones económicas y sociales del ser humano. Esta se funda en valores de objetividad, audacia, vanguardia, ética y apertura al debate.²⁶

Colombia se encuentra en proceso de adhesión, el cual está siendo evaluado para identificar si cumple con los estándares y buenas prácticas de la OCDE como lo son la preservación de la libertad individual, la fortaleza económica y el bienestar general en el país miembro como en los países en desarrollo económico. El deseo de Colombia para pertenecer a esta organización se debe a motivos netamente políticos y económicos, ya que mejoraría sustancialmente su imagen en el ámbito internacional.

La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) detalló que el promedio de licencia de maternidad entre sus países miembros es de 19 semanas, de las cuales 17 son pagas.²⁷ Por lo anterior es importante identificar

²⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. [Online] México, 1961. [Citada 26 marzo de 2017] <http://www.oecd.org/centrodemexico/laocde/>

²⁷ EL INFORMADOR. Advierten diferencias en licencia de maternidad en países de la OCDE. [online] México, 2011. [Citada 26 marzo de 2017] <http://www.informador.com.mx/economia/2011/276299/6/advierten-diferencias-en-licencia-de-maternidad-en-paises-de-la-ocde.htm>

cómo se encuentra Colombia en el ámbito al derecho a la licencia de maternidad en comparación con otros países que pertenecen a la Organización que en un futuro incluirá el país:

Tabla 2. Relación de países y su período de licencia de maternidad.

PAÍS	LICENCIA DE MATERNIDAD PERÍODO
AUSTRALIA	<ul style="list-style-type: none"> • 52 semanas. • Sin remuneración.
ESTADOS UNIDOS	<ul style="list-style-type: none"> • 12 semanas. • Sin remuneración.
CANADA	<ul style="list-style-type: none"> • Hasta 50 semanas, 18 semanas de beneficios por maternidad más 32 semanas de beneficios parentales. • Remuneración del 70% del salario en la licencia de maternidad, en la licencia parental 55% del salario. • Quién paga: Seguro de empleo. • Requisitos: Para tener derecho al permiso de maternidad, la mujer debe haber trabajado sin interrupción no menos de seis meses consecutivos antes de

	comenzar el permiso. ²⁸
ITALIA	<ul style="list-style-type: none"> • 20 semanas. • 80% del salario. • Quién paga: La Seguridad Social²⁹.

Como se ha dejado al descubierto, Colombia es uno de los países con menor período remunerado y de descanso para la maternidad, con tan solo 18 semanas. La OCDE está continuamente produciendo recomendaciones tanto para los Estados miembros como para aquellos que anhelan ingresar a la organización, buscando generar mayor bienestar para los ciudadanos que se fomentan en economías sólidas y responsables como las que se unen a la Organización mencionada.

Teniendo en cuenta los datos recolectados se muestra el largo trecho que le espera a Colombia para lograr estar a la par de las economías del primer mundo como la Australiana que ha logrado un desarrollo humano sobresaliente.

²⁸ CANADA, CALGARY DISTRICT LABOUR. Normas laborales de Canadá. [Online] 2016. [Citada 13 octubre de 2017] <http://www.thecdlic.ca/normas-laborales-de-canada-canada-labour-code/>

²⁹ OIT. Perfil de Derecho Laboral nacional: Italia. [Online][Citada 13 octubre de 2017] http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang-es/index.htm

DECLARACIONES INTERNACIONALES

Organización Internacional del Trabajo. La OIT es una organización que pertenece a las Naciones Unidas la cual busca velar por los derechos, las garantías, la seguridad y la justicia para los trabajadores de las naciones que se acogen a sus convenios o reglamentaciones, ello muestra la gran significación que tienen las decisiones que toma, lo que genera coherencia y correlatividad en los derechos de todos los hombres aun difiriendo de nación.

La OIT consagró en 1919 por primera vez la protección a las trabajadoras gestantes en el convenio C-03, donde integra la licencia de maternidad remunerada por medio de una prohibición de trabajo de la mujer en un período de 6 semanas luego del parto con derecho a prestaciones económicas que posibiliten su manutención, recuperación y descansos para lactar.

En el año 1952 se produjo la Convención de Ginebra C-103 la cual revisaba la protección a la maternidad, debido a la industrialización que daba pasos agigantados y la mano de obra femenina que cada vez se veía más implementada y expuesta a la pérdida de sus trabajos cuando estas llegaban a la etapa de gravidez; allí se acordó un tiempo mínimo de Licencia de maternidad remunerada de 12 semanas pero esperanzado en que sea de por lo menos 14 semanas distribuidas antes de la fecha presunta del parto y el postparto, atribuyendo descansos por enfermedad, prestaciones económicas y médicas ya sea del

Estado o de la empresa y la implementación de un seguro obligatorio para las mismas.

Luego en el año 2000 se produce la última revisión a la protección de la maternidad con el Convenio C-183 agregando protecciones especiales para la no discriminación, con la prohibición de despedir a las mujeres gestantes con razón a su condición, aumentando las semanas de licencia, expresando la necesidad de cubrir las condiciones de salud y nivel de vida apropiadas para el menor; así mismo se produce la Recomendación número 191 de 2000 la cual pide procurar dar por lo menos 18 semanas de licencia remunerada.

Los convenios anteriormente mencionados pertenecen al bloque de constitucionalidad de Colombia el cual se compone de normas y principios que van en coherencia con la Constitución y permiten desarrollar en mayor medida lo que ésta contiene, son parte de la misma y tienen el mismo valor vinculante.

Es importante también tener en cuenta los derechos y normatividad proteccionista de la niñez, como lo es la convención de los derechos de los niños incorporada a nuestra legislación con la Ley 12 de 1991, por lo cual se hace necesario velar por mayores garantías para los mismos que los alejen de la vulnerabilidad y les permita tener un desarrollo íntegro y adecuado puesto que son esenciales para la construcción de mejores sociedades donde cada vez aumente la equidad y la calidad de vida de quienes pertenecen a cada una de ellas.

Todas las normas aquí mencionadas muestran el gran significado que tiene la mujer y los niños en nuestra sociedad y la relevancia de velar por su protección cada día, pues estos componen bases indispensables en nuestra sociedad y su bienestar propiciará la edificación de pueblos más rectos y unidos.

Convención Internacional Sobre Los Derechos De Los Niños: Ley 12 De 1991. La organización internacional Naciones unidas nació en 1945, debido a la necesidad de toma de decisiones unánimes sobre temas que afectan a la humanidad a lo largo de la historia.

Colombia es un Estado miembro de la mencionada organización desde sus comienzos, por lo cual se encuentra adherida a los convenios que se producen dentro de la misma, entre los cuales está la Convención Internacional sobre los Derechos de Los Niños adoptada por la Ley 12 de 1991, la cual expresa la importancia que tienen los niños dentro de una sociedad y el derecho intrínseco que tienen a la vida.

Los niños al ser sujetos vulnerables e inocentes necesitan de todo el maniostrar del Estado para velar por su protección íntegra y por el desarrollo digno que merecen, la Convención citada establece que los Estados miembros deberán proteger, preservar, aportar todos los elementos necesarios para velar por la

identidad, la sanidad y economía de los niños dentro de la sociedad, una sociedad que comprenda los deberes y obligaciones que están a su cargo con estos seres de especial protección.

Aún cuando no se dispone expresamente, al consagrarse dentro de los derechos de los niños en el artículo 24 la salud y la lactancia pre y post natal se entiende que comprende junto con el artículo 4º, la importancia de la Licencia de maternidad pues se requiere de recursos económicos y de tiempo para lograr proteger a los niños en cada una de las etapas de su crecimiento, promoviendo que vivan en espacios sanos, donde tengan cuidados, alimentación y el acompañamiento permanente de los padres permanente.

Por lo anterior, es necesario en aras de proteger al menor y a su madre buscar que el ordenamiento jurídico vele por sus intereses en la mayor medida posible sin que se vulneren sus derechos y se sometan a peligros inminentes al no recibir los recursos necesarios para subsistir.

DEMANDA

Señores Magistrados
CONSEJO DE ESTADO
Sala Plena
Bogotá D.C.

REFERENCIA: ACCIÓN PÚBLICA DE NULIDAD SIMPLE, CON
SUSPENSIÓN PROVISIONAL

DEMANDANTE: JULIANA SOTO RESTREPO

NORMA DEMANDADA: DECRETO 2353 DE 2015, ARTICULOS 30, 71, 73 Y 78

JULIANA SOTO RESTREPO, mayor de edad, domiciliada en Medellín, actuando en mi condición de ciudadana colombiana, de manera respetuosa instauro la ACCIÓN DE NULIDAD SIMPLE, con fundamento en el Artículo 97 de la Ley 1437 de 2011; contra los apartes de los artículos 30, 71, 73 y 78 que a continuación se transcriben:

- Artículo 30. “Suspensión de la afiliación. La afiliación se suspenderá en los siguientes casos:

30.1 cuando el cotizante **dependiente** o independiente o el afiliado adicional incurra en mora en los términos establecidos en los artículos 71 al 75 del presente decreto. (...)” (negrilla fuera de texto)

El citado aparte de la normatividad demandada, reza que se suspenderá la afiliación del trabajador dependiente cuando incurran en mora, sin hacer exclusión de sujeto alguno lo cual cobija a las madres gestantes y los menores recién nacidos, siendo claramente inconstitucional e ilegal pues el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia de 1991 contempla que la madre, el menor y su entorno serán protegidos por el Estado para su digna vida y desarrollo saludable. Además, es necesario hacer énfasis en cuanto el cotizante dependiente está subordinado al accionar de su empleador, tanto así que si éste no realiza los pagos oportunos de las cotizaciones no tiene en su maniobrar alternativa alguna que esperar que cumpla.

Se demanda el término “DEPENDIENTE” ya que el mismo se encuentra bajo estricta subordinación y no tiene control alguno sobre el pago de las cotizaciones, es responsabilidad directa y exclusiva del empleador.

- Artículo 71 del Decreto 2353 de 2015:

(...) El no pago por dos períodos consecutivos de **cotizaciones a cargo del empleador**, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la mora, **producirá la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios por parte de la EPS**. Durante período de suspensión, el empleador en mora deberá pagar el costo de los servicios de salud que demande el trabajador y su núcleo familiar, sin perjuicio del pago de las cotizaciones adeudadas y de los intereses de mora correspondientes.(...) Cuando el empleador no haya cumplido con la obligación de efectuar descuento del aporte del trabajador y se encuentre en mora, durante el período de suspensión de la afiliación, EPS en la cual se encuentre inscrito el trabajador no estará obligada a asumir la prestación de los servicios de salud, salvo que se trate de la atención de **gestantes** y de menores de edad. (...). (negrilla fuera de texto)

El anterior artículo comienza resaltando que la conducta castigada por la norma se relaciona con el no pago en las cotizaciones a cargo del empleador, manifestando a continuación que el sujeto que enfrentará los resultados adversos por la conducta desplegada serán los afiliados y que únicamente se cubrirán los servicios de salud relacionados con las gestantes. Lo anterior es ilegal ya la Corte Constitucional en la Sentencia T- 398 de 2015 ha reiterado su jurisprudencia expresando:

En cuanto dice relación con el incumplimiento del pago de los aportes por los empleadores al ISS, la Corte, de manera reiterada, ha sostenido que no le es indelegable al empleado y menos aún, puede derivarse contra éste una consecuencia negativa, por la mora del patrono o empleador en hacer oportunamente el pago de la porción de los aportes que le corresponden, junto con la parte que para el mismo efecto ha retenido de su salario al empleado.

Dicho de otra forma: retenidos por el empleador, de la asignación salarial los valores que le corresponde aportar al empleado, surge para aquél la obligación de consignarlos en la oportunidad señalada por la Ley y el reglamento, junto con los que son de su cargo. Por lo tanto, siendo el empleador quien efectúa los descuentos o retenciones, si elude el pago a la entidad de Seguridad Social, tal omisión no le es imputable al empleado, ni pueden derivarse contra éste consecuencias negativas que pongan en peligro su derecho a la salud o a la vida, o a una prestación económica de tanta importancia como la que representa la pensión de invalidez.

De igual modo, el artículo en mención predica que la prestación de salud se suministrará a las madres gestantes cuando se presente mora en el pago de las cotizaciones o aportes, rezando únicamente la palabra “gestantes” definida por la Real Academia la Lengua Española como embarazado o preñada, dejando excluidas a quienes se encuentra en la etapa de post parto, momento para el cual

la prestación de servicios de salud es fundamental para la mujer durante el puerperio y el recién nacido.

El puerperio se define como el período en el cual anatómica y funcionalmente se producen transformaciones y modificaciones que buscan regresar al cuerpo a su estado pre grávido, involutivamente, así lo define el Dr. Carlos Alberto Cassella y otros en la revista de posgrado de Medicina de la Universidad Nacional del Nordeste de Argentina³⁰. Este período dura aproximadamente entre 45 y 60 días después del parto; el mencionado documento explica la necesidad de tomar medidas preventivas y de rehabilitación para la mujer ya que se encuentra en un estado de cambios gravídicos que se pueden manifestar en afecciones o complicaciones poniendo en riesgo la vida de la madre; es una etapa de debilidad manifiesta donde se requiere el maniobrar del Estado.

Lo anterior sin contar la posible depresión perinatal o llamada comúnmente depresión post parto que puede generarse por los cambios hormonales o el estrés que produce conocer territorios inexplorados para el ser humano, lo cual requiere necesariamente ayuda médica y asistencia terapéutica.³¹

³⁰ CASSELLA, Op. Cit ., P. 31

³¹ UTAH DEPARTMENT OF HEALTH. Reacciones Emocionales Y Depresión Postparto (DPP). [Online]. Utah. [Citada 16 mayo de 2017] <http://www.babyourbaby.org/sp/pregnancy/after-pregnancy/emotional-reactions.php>

Todo lo planteado es una muestra clara de la necesaria asistencia que requiere la madre luego de dar a luz a su hijo, por lo cual la asistencia médica sólo en la gestación podría generar perjuicios irremediables tanto en la vida de la madre como en la del recién nacido.

Así pues, se demanda la oración “PRODUCIRÁ LA SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD”, ya que como se dijo anteriormente es ilegal que el empleado sufra las consecuencias del mal obrar de su empleador, siendo este último quien retiene el dinero de las cotizaciones y debe abonarlo a la Seguridad Social; además, el término “GESTANTES” para que se retire del ordenamiento y en cambio se proteja a la madre y el recién nacido durante la gestación, parto y post parto o puerperio.

- Artículo 73 del Decreto 2353 de 2015:

Efectos de la mora en las cotizaciones de trabajadores independientes. “El no pago por dos (2) períodos consecutivos las cotizaciones del independiente dará lugar a la suspensión de la afiliación y de la prestación de los servicios de salud contenidos en el plan de beneficios a cargo de la EPS en la cual se encuentre inscrito, siempre y cuando ésta no se hubiere allanado a la mora. Durante el período de suspensión de la afiliación, los servicios que demande el trabajador independiente y su núcleo familiar les serán prestados a través de la red pública y estarán a su cargo los pagos previstos en el artículo 18 del Decreto 2357 de 1995 y las normas que lo modifiquen, adicionen o sustituyan. (...) No habrá lugar al reconocimiento de las prestaciones económicas por incapacidad, licencias de maternidad y paternidad por parte del Sistema o la EPS, durante los períodos de mora, siempre y cuando la EPS no se hubiere allanado a la misma. (...).

El artículo precedido expresa que las prestaciones económicas no serán reconocidas durante los períodos en mora, dejando excluida expresamente la licencia de maternidad, un elemento fundamental que no solo protege el entorno de la madre sino que comprende elementos como la alimentación, la recreación, la salud y los componentes vitales para que el niño se desarrolle saludablemente y de forma digna, de no ser reconocida puede amenazar la vida de ambos, así lo ha expresado la Corte Constitucional en las Sentencias T-088 de 2008 y la T-503 de 2016.

Debe resaltarse que la obligación de recaudar las cotizaciones a la Seguridad Social está en cabeza de SGSSS-Fondo de solidaridad y garantía (Fosyga) según el artículo 156 de la Ley 100 de 1993, quien delega esta función a las entidades promotoras de salud como lo establece el artículo 178 de la normativa antecedida.

Así pues, se demanda el término “LICENCIA DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD” para que sea retirado del ordenamiento y se proteja aun en casos de mora la vida digna del núcleo familiar, madre, padre y recién nacido

- Artículo 78 del Decreto 2353 de 2015: “(..) En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya

pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación”

El artículo 78 trae consigo un condicionante sobre el reconocimiento de la licencia de maternidad si se presentan períodos en mora en las cotizaciones a salud, estableciendo que solo habrá lugar a dicho reconocimiento “Siempre y cuando se realice el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas”, dejando desprotegida a las personas que buscaban el amparo para su derecho, ya que se encuentran sometidas a la voluntad del empleador pues es este último quien tiene la obligación de realizar los pagos adeudados, además, no se tiene en cuenta la responsabilidad del FOSYGA en tanto no realizó el cobro coactivo oportuno de las cotizaciones en mora, obligación delegada expresamente en las entidades promotoras de salud; así lo estatuye el artículo 205 de la Ley 100 de 1993.

Queda en evidencia que el anterior condicionante puede producir efectos adversos para la afiliada, en tanto se vea forzada a realizar los pagos de las cotizaciones en mora.

Así pues, se demanda la oración “SIEMPRE Y CUANDO SE REALICE EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS COTIZACIONES ADEUDADAS”, para que se retire el mencionado condicionante del ordenamiento jurídico y se proteja la licencia de maternidad como prestación fundamental para la subsistencia y salud de la madre y el menor.

LO DEMANDADO:

La nulidad de los términos señalados de los artículos 30, 71, 73 y 78 del Decreto 2353 de 2015, los cuales van en contra del derecho a la Licencia de maternidad y la protección que se le ha otorgado en cuanto a períodos de cotización irregulares y mora de las cotizaciones que no han sido debidamente cobradas por el competente, que como lo expresa el artículo 205 de la Ley 100 de 1993 es la Empresa Promotora de Salud por delegación del Fosyga.

HECHOS:

1. En 1938 la Ley 53 protege por primera vez a la mujer embarazada en el ámbito laboral, incluyendo la Licencia remunerada.
2. La Ley 53 de 1938 es modificada por la Ley 197 de 1938, la cual estatuye que toda mujer que sea despedida sin causa justificante tendrá derecho a los salarios correspondientes a noventa días.
3. En el año 1950 se incluye en el Decreto Ley 2663 del 5 de agosto (Código Sustantivo del Trabajo) la protección especial del estado de maternidad (Artículo 236) y se da un descanso remunerado en la época del parto de ocho (8) semanas, además, se incluye la prohibición de despedir por motivo de embarazo o lactancia y la indemnización que conllevaría su despido sin la correspondiente autorización.

4. En el año 1993 se expide la Ley 100 donde se incluye la licencia de maternidad como un derecho de la Seguridad Social para todas las mujeres que se encuentren laborando.

5. En el año 1994 se expide el Decreto 1938 el cual empleaba unos períodos mínimos de cotización para poder acceder a las prestaciones económicas como la licencia de maternidad.

6. En el año 1998 se expide el Decreto 806 el cual expone en su artículo 63 un tiempo mínimo de cotización al sistema de Seguridad Social para poder acceder al derecho a la licencia de maternidad remunerada.

7. En el año 1999 la Corte Constitucional mediante Sentencia T-093 expresa que es necesario aplicar el principio de favorabilidad ya que con el tiempo los requisitos para acceder a la licencia de maternidad se han hecho más estrictos y restrictivos.

8. En el año 2000 se expide el Decreto 047 el cual expone en su artículo 3 un período mínimo de cotización igual al período de gestación.

9. En el año 2002 con la Ley 755 se crea la Licencia de Paternidad para los hombres cuya pareja tuvo un bebé.

10. En el año 2003 y siguientes la Corte Constitucional en numerosas sentencias como las T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1243 de 2005, T-790 de 2005, expresó que la licencia de maternidad podría reconocerse de manera proporcional en cuanto la persona estaba imposibilitada para cotizar por diferentes factores, y que aún cuando la cotización no fue completa conceder la licencia no generaría un daño o desequilibrio sustancial al sistema.

11. En el año 2005 la Corte Constitucional en la sentencia T-1205 expresó que la licencia de maternidad tenía una suma relevancia pues representaba el mínimo vital tanto para con la madre como para el niño.

12. En el año 2006 la Corte Constitucional en la Sentencia T-640 considero que no se podía atribuir la negligencia del empleador a la mujer embarazada y que únicamente la licencia no se debía conceder en situaciones en las cuales el período cotizado fuese tan precario que no se puedan compensar los costos.

13. En el año 2008 la Corte Constitucional en la sentencia T-136 de 2008 concluyó que los casos en los cuales la no cotización se hubiese hecho por un período

inferior a 2 meses se debería pagar la totalidad de la licencia de maternidad, e incluyó a quienes han cotizado por términos menores en la posibilidad de pagos proporcionales.

14. En el año 2015 se expidió el Decreto 2353 el cual reconoce expresamente en su artículo 78 el pago de la licencia de maternidad y su reconocimiento de forma proporcional en cuanto se paguen las cotizaciones adeudadas, pero aún cuando produce un gran avance en materia de reconocimiento de la licencia se introducen a través de los artículos 30, 71, 73 y 78 numerosos condicionantes expuestos en el análisis de la norma demanda, los cuales violan el derecho a la Seguridad Social y la vida digna de la madre y el recién nacido.

15. En el año 2017 se expide la Ley 1822 la cual aumentó el tiempo de licencia a 18 semanas y modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, introduciendo novedades tales como:

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

- La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen

en la presente Ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más.

- La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera: a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato; b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

- Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo. El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente Ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este párrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla.³²

CONCEPTO DE VIOLACION NORMATIVA:

La Real Academia de la Lengua Española lo define así:

³² COLOMBIA, SECRETARIA DEL SENADO. Código Sustantivo del Trabajo. [online]. Bogotá. [Citada 21 enero de 2017] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo.html.

“Acción y efecto de violar.” O “Infringir o quebrantar una Ley, un tratado, un precepto, una promesa entre otros.”³³

NORMAS CONSTITUCIONALES VIOLADAS: (Constitución Política de Colombia de 1991)³⁴

- Preámbulo:

En ejercicio de su poder soberano, representado por sus delegatarios a la Asamblea Nacional Constituyente, invocando la protección de Dios, y con el fin de fortalecer la unidad de la Nación y asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz, dentro de un marco jurídico, democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo, y comprometido a impulsar la integración de la comunidad latinoamericana, decreta, sanciona y promulga la siguiente

- Artículo 1: “Colombia es un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general.”

³³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. Diccionario de la Lengua Española. [online] [Citada 22 enero de 2017] <http://dle.rae.es/?id=brY4lc6>

³⁴ COLOMBIA, SECRETARIA DEL SENADO. Constitución Política de Colombia de 1991. [online] Bogotá, 1991. [Citada 22 enero de 2017] http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/constitucion_politica_1991.html.

Colombia al ser un Estado Social de Derecho el cual se basa en la garantía de servicios y derechos de sus residentes, debe garantizar que el nivel de vida de quienes pertenecen a él sea digno en un marco económico justo y donde el trabajo debe ser una prioridad para el Estado, ya que el mismo conforma uno de los valores fundantes de la Constitución.

- Artículo 2: “Son fines esenciales del Estado: servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”

El Estado debe garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución de todos los nacionales, de modo que al introducir condicionantes y limitar el acceso a los mismos viola preceptos y fines del Estado, de jerarquía constitucional.

- Artículo 4: “La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la Ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales (...).”

Al identificarse una norma contraria a la Constitución esta debe retirarse del ordenamiento, de modo que la coexistencia de normas contradictorias dictamina la

ilegalidad e constitucionalidad de una de ellas, en este caso los apartes de los artículos 30, 71, 73 y 78 del Decreto 2353 de 2015.

- “Artículo 5. El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad.”

- Artículo 42: “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. La Ley podrá determinar el patrimonio familiar inalienable e inembargable. La honra, la dignidad y la intimidad de la familia son inviolables. (...)”.

La Familia como núcleo fundamental de la vida es protegida por el Estado y requiere de todo su accionar para que todos los residentes puedan gozar de una vida digna; los niños son quienes se encuentran en mayor estado de indefensión por lo cual deben ser protegidos en mayor medida, pues son el futuro del país. Cuando no se concede la licencia de maternidad la mujer no tiene la capacidad de proteger a su niño, no tiene los medios para darle el alimento y educación mínima que requiere para su formación, allí es donde el Estado debe de involucrarse y no permitir que situaciones como estas puedan ocurrir.

- “Artículo 44:

Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la Seguridad Social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las Leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia.

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

Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás.

Cuando se limita el acceso de las mujeres gestantes a las prestaciones económicas en salud, es decir, la licencia de maternidad, se están vulnerando en igual medida los derechos fundamentales del niño como lo son la alimentación equilibrada, su salud y el cuidado, haciendo énfasis en la prioridad que tienen estos ante la protección del Estado.

- Artículo 48:

La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social.

El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley.

La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la Ley.

No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella.

La Ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante.

La Seguridad Social es un derecho de todos los colombianos, quienes necesitan del sistema de salud para cubrir eventualidades, del sistema de riesgos laborales para la protección de su integridad en caso de un accidente en el área laboral y del sistema pensional para poder llevar una vida digna cuando por motivo de la vejez se pierde la capacidad de laborar. La licencia de maternidad es fundamental en cuanto la mujer y el bebé necesitan de asistencia médica y económica permanentemente de modo que la mujer pueda seguir desarrollando su vida en total armonía y pueda darle a su niño una vida digna y con todas las necesidades básicas cubiertas.

- Artículo 53:

El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La Ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las

relaciones laborales; garantía a la Seguridad Social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad. (...).

El estatuto del trabajo trae como garantía el derecho a la Seguridad Social y la protección especial a la mujer y la maternidad, lo cual no debe ser contrariado por ninguna razón por la normatividad posterior. La Corte Constitucional en repetidas ocasiones como en la Sentencia T- 093 de 1999 ha manifestado que los derechos de las trabajadoras a pesar de tener un carácter económico son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido, y que aun en lapsos de cambios normativos estos derechos no pueden ser desmejorados, muestra de la gran significación que tiene la prestación en mención.

NORMA LEGAL VIOLADA (LEY ESTATUTARIA DE SALUD 1751 DE 2015)

Artículo 2:

Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adoptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado.

La salud es un servicio público esencial y un derecho fundamental irrenunciable, el cual debe ser garantizado por el Estado, garantía que se transgrede con la imposición de las barreras para su acceso dispuestas en el Decreto 2353 de 2015, artículos 30, 71, 73 y 78; La desafiliación del sistema y el acceso bajo el despliegue previo de una acción vulneran a toda luz el derecho fundamental a la salud, derecho que prima sobre la sostenibilidad fiscal del sistema.³⁵

Artículo 11:

Sujetos de especial protección. La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. En el caso de las mujeres en estado de embarazo, se adoptarán medidas para garantizar el acceso a los servicios de salud que requieren durante el embarazo y con posterioridad al mismo y para garantizar que puedan ejercer sus derechos fundamentales en el marco del acceso a servicios de salud.

Las mujeres embarazadas son sujetos de especial protección, por lo cual su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción y debe ser garantizada durante y después del embarazo; Lo anterior, es desconocido por el

³⁵ PERIODICO EL TIEMPO. El derecho a la salud prima sobre la sostenibilidad fiscal. [online] Bogotá, 2014. [Citada 25 octubre de 2017] <http://m.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13812915>

artículo 71 del Decreto 2353 de 2015, en tanto dispone que en casos de mora solo se prestará atención en salud a las gestantes, término que según la Real Academia de la Lengua Española solo abarca el concepto de “Embarazada” y no incluye la posterioridad de dicho estado. Así mismo, el artículo 73 del mismo texto, expresa que no habrá lugar al reconocimiento de las licencias de maternidad y paternidad en casos de mora, normativa que desconoce el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015 cuando expresa que la protección a la maternidad es en el embarazo y la posterioridad.

COMPILACIÓN DE DECISIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Para lograr comprender la magnitud del problema planteado es de gran trascendencia recoger algunas sentencias de la Corte que dan un panorama más claro del tema, instruyen sobre cómo se ha ido pensado el sistema y en qué línea se ha decidido de forma que se vayan construyendo precedentes y reiteración de jurisprudencia. Se desarrollará una recopilación de sentencias relevantes, comenzando desde el año 1999 hasta el día de hoy.

En la Sentencia T-093 de 1999 la Corte Constitucional ha expresado:

Pese al cambio normativo que se produjo en cuanto a los requisitos exigidos para el reconocimiento de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, haciéndolos más estrictos y restrictivos, era necesario

aplicar el principio de favorabilidad para que quienes estuviesen en período de gestación durante el cambio normativo, no viesen desmejorados sus derechos. Derechos que, pese a tener un carácter económico, son esenciales para la protección de la mujer y el recién nacido...". Es necesario contextualizar el anterior planteamiento con el Decreto 1938 de 1994 (derogado por el Decreto 806 de 1998) donde los períodos mínimos de cotización eran: "Artículo 25. del período de protección laboral, parágrafo 3: La atención del parto y sus complicaciones no está sujeta a períodos mínimos de cotización. No obstante, el derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado por un período mínimo de doce (12) semanas antes del parto.

En este momento la Corte no concebía el pago proporcional de la licencia de maternidad.

En la Sentencia T-1205 de 2005 la Corte Constitucional expresó que la licencia de maternidad toma una gran relevancia pues protege el mínimo vital tanto para la madre como para el niño y por ello puede ser protegida y alegada en tutela que protege derechos fundamentales.

En las Sentencias T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1243 de 2005, T-790 de 2005, la Corte Constitucional ha expresado la posibilidad de reconocer el pago de la licencia de maternidad en cuanto la persona se encontraba en imposibilidad de cotizar por diferentes razones y no se logra apreciar el desequilibrio que ello podría generarle al sistema, **de forma que el no pago en parte de las cotizaciones no genera la pérdida del derecho o los pagos extemporáneos de las mismas cuando no han constituido mora por falta de requerimiento de las E.P.S.** Cuando se niega la prestación económica de la licencia de maternidad

se menoscaban derechos tales como los consagrados en los artículos 42, 44 y 48 del orden constitucional, es decir, la Seguridad Social como derecho fundamental, los derechos de los niños y el bienestar de la familia con todos los elementos que integran su digna subsistencia.

En la Sentencia T-640 de 2006 replicó:

La Sala considera que el término de vigencia del que habla el Art. 63 del Decreto 806 busca evitar que las gestantes lleguen al sistema tardíamente en busca de obtener el beneficio prestacional, por razones atribuibles a la negligencia de su empleador o a que el período cotizado sea tan precario que no pueda compensar los costos en que debe incurrir la entidad promotora de salud”, para entender esto es necesario traer a colación el artículo mencionado :“los afiliados pierden la antigüedad acumulada en los siguientes casos (...) f) Cuando se suspende la cotización al Sistema por seis o más meses continuos.

La Corte en la Sentencia T-136 de 2008 concluyó: “aquellos casos en los que el período dejado de cotizar por parte de la madre gestante afiliada al sistema sea inferior a dos meses, las entidades promotoras de salud tienen la obligación de pagar el total de la licencia de maternidad. La regla contigua indica que la madre en estado de embarazo que no cotiche al sistema por un período mayor al de dos meses de su tiempo de gestación, igual tiene derecho al pago de la licencia de maternidad, pero solamente en proporción al tiempo cotizado, con el objeto de mantener el equilibrio financiero del sistema.”. de este modo la Corte ha ido pronunciándose en el mismo sentido en sentencias como T-554 de 2012, T-368 de 2015, T-092 de 2016, entre otras, **expresando que la licencia de maternidad obedece a una protección constitucional del mínimo vital y la dignidad humana, de la familia y el recién nacido**, y que debe ser dada en cuanto el juez

examine el caso concreto y verifique unas cotizaciones razonables para entregar esta prestación. De acuerdo a lo precedido, el hecho de que la licencia guarde estrecha relación con el mínimo vital y la dignidad humana, hace deducir que en caso de que no se pueda disfrutar de dicho derecho se pondría en riesgo la vida de la madre y el menor, el derecho con mayor trascendencia en la carta de derechos humanos.

En la Sentencia T-503 de 2016 la Corte explicó:

La evolución de la jurisprudencia constitucional, ante la trascendencia del derecho a la licencia de maternidad, presume la vulneración del derecho al mínimo vital, de acuerdo con las siguientes reglas:

4.1.1. Para no hacer dicha carga gravosa para la peticionaria, el **solo hecho de afirmar que existe vulneración del mínimo vital**, teniendo en cuenta que este remplazaría el salario como medio de subsistencia, es una presunción a la que debe aplicarse el principio de veracidad, en pro de la protección a los niños.

4.1.2. Independiente si el salario de la madre es mayor al salario mínimo y/o la madre es de escasos recursos, la presunción opera, siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo, cuando la mujer da a luz, o se le entrega un infante o adolescente en adopción.

4.1.3. Tal supuesto debe ser aplicado igualmente para las mujeres que en calidad de cotizantes independientes se afilian al sistema, pues sus ingresos se verán disminuidos por su nueva situación de mujeres que dan a luz un hijo [o una hija].

4.1.4. Si la afiliada al sistema reclama el pago de la licencia de maternidad y la EPS rechaza la solicitud, ésta tiene la carga de la prueba y es la llamada a controvertir que no existe vulneración del derecho al mínimo vital, sino es controvertida se presume la vulneración.

4.1.5. La simple presentación de la acción de tutela es una manifestación tácita de la amenaza del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez constitucional en el asunto, sin que sea necesario que la actora deba manifestarlo expresamente.”. Debe hacerse especial énfasis en las diferentes oraciones que se emplean en la decisión traída a colación, tales como “mínimo vital”, “la falta de pago de la licencia puede poner en peligro su

subsistencia y la de su hijo”, “amenazada del derecho fundamental, que hace imperante la intervención del juez”; lo anterior expone los fundamentos de la licencia de maternidad y la imperante necesidad para las mujeres de poder gozar de tal beneficio.

Así pues en la actualidad la Corte Constitucional parece tener muy clara la línea jurisprudencial de este tema, y la forma en la cual se debe de decidir en casos concretos que tengan intervención de los derechos a la licencia de maternidad, de modo tal que debe ser para las I.P.S y E.P.S un fundamento claro y lúcido para concederla, de forma que dejen de omitir a conveniencia pronunciamientos como los expuestos y velen por los derechos de quienes están afiliados al sistema, lo cual debería de ser el fin buscado por tales entidades que materializan los derechos a salud de los ciudadanos.

Todo lo expuesto muestra la conveniencia de retirar de la normativa colombiana los términos “DEPENDIENTE” del artículo 30, “GESTANTES” y “PRODUCIRÁ LA SUSPENSIÓN DE LA AFILIACIÓN Y DE LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD” del artículo 71, “LICENCIA DE MATERNIDAD” del artículo 73 y “SIEMPRE Y CUANDO SE REALICE EL PAGO DE LA TOTALIDAD DE LAS COTIZACIONES ADEUDADAS” del artículo 78 del Decreto 2353 de 2015, puesto que da cabida a desprotecciones y atropellos contra la vida de la madre y su hijo, en situaciones en que la afiliada se encuentre en mora, ya sea por omisión de la entidad en adelantar las acciones de cobro correspondientes o la deuda es de su empleador o de la misma, situaciones que se podrían evitar si las entidades promotoras de salud hicieran de manera eficiente sus labores. Vale recordar que la Corte Constitucional en numerosas sentencias como las T-931 de 2003, T-1010 de 2004, T-1243 de 2005 y T-790 de 2005 ha sido enfática en que el no pago en

parte de las cotizaciones no genera la pérdida del derecho o de los pagos extemporáneos de las mismas cuando no han constituido mora por falta de requerimiento de las E.P.S

INCOMPETENCIA DEL EJECUTIVO

Así lo ha expresado la Corte Constitucional en la Sentencia C-1005 de 2008:

La jurisprudencia constitucional ha insistido en que la potestad reglamentaria contenida en el artículo 189 numeral 11 ha de ejercerse, por mandato de la Norma Fundamental, de conformidad con los preceptos legales y constitucionales. Así, los actos administrativos emitidos como consecuencia del ejercicio de dicha potestad únicamente pueden desarrollar el contenido de la Ley. Desde esta perspectiva, al Presidente de la República le está vedado ampliar o restringir el sentido de la ley. No puede tampoco suprimir o modificar las disposiciones previstas en la Legislación pues con ello estaría excediendo sus atribuciones. Es de desatacar aquí, que no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior. La facultad reglamentaria no es absoluta y debe ejercerse dentro de las fronteras que marcan la Constitución y la ley, teniendo por objeto contribuir a la concreción de la ley, encontrándose, por consiguiente, subordinada a lo dispuesto por ella sin que sea factible alterar o suprimir su contenido ni tampoco reglamentar materias cuyo contenido esté reservado al legislador.

La facultad reglamentaria tiene naturaleza limitada y derivada, es decir que encuentra sus límites en la Constitución y no puede modificar o restringir el acceso a los derechos que la misma contiene, esta facultad encuentra su finalidad únicamente en ayudar a delimitar el sentido de la Ley pero como lo manifestó la Corte Constitucional en el Auto 049 de 2008 “no puede alterar o modificar el contenido y el espíritu de la Ley”, espíritu que va encaminado a la protección y materialización de los derechos humanos, cualquier exceso se traduce en la inconstitucionalidad de la norma que evidenciamos en el Decreto 2353 de 2015 cuando circunscribe el acceso a la prestación económica en salud en mención, con condicionamientos de pagos por parte de terceros como el empleador o de una protección parcial desabrigando etapas posteriores a la gestación como ya se expresó anteriormente.

NATURALEZA DE LA NORMA DEMANDADA Y CADUCIDAD DE LA ACCIÓN

La norma demandada es un Decreto ejecutivo en razón de las facultades que tiene el Presidente de la República para expedirlo, el cual se encuentra subordinado a la ley.

Para ejercer la acción de nulidad simple no existe término de caducidad tal y como lo expresa la Corte Constitucional en la Sentencia C- 199 de 1997, en igual modo lo contempla el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011.

PRUEBA DOCUMENTAL ANEXA A LA DEMANDA:

1. Copia del Decreto 2353 de 2015.

SOLICITUD DE SUSPENSIÓN PROVISIONAL.

Se solicita de manera respetuosa suspender provisionalmente los efectos de los artículos 30, 71, 73 y 78 del Decreto 2353 de 2015, mientras se realiza el trámite administrativo de la nulidad simple, como lo ha dispuesto el artículo 230 del Código Contencioso Administrativo:

ARTÍCULO 152. PROCEDENCIA DE LA SUSPENSIÓN.

<Subrogado por el artículo 31 del Decreto Extraordinario 2304 de 1989. El nuevo texto es el siguiente:> El Consejo de Estado y los Tribunales Administrativos podrán suspender los actos administrativos mediante los siguientes requisitos:

1. Que la medida se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitida.

2. Si la acción es de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos con la solicitud.

3. Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar al actor.

Así pues, se demuestra claramente que dicha normatividad es una violación manifiesta de los derechos de la mujer y una contradicción de la jurisprudencia de la Corte Constitucional que ya ha decantado la protección fundamental a la vida de la mujer y del bebé que se ven cobijados por el derecho a la Licencia de maternidad. De igual forma es una violación manifiesta de la constitución con respecto a los siguientes artículos:

Artículo 1: Al proclamarse Colombia como un Estado Social de Derecho, fundando en el respeto por la dignidad humana, el trabajo y la solidaridad, debe velar por garantizar un nivel de vida adecuado para sus ciudadanos, garantía que se ve menoscabada con los apartes del Decreto 2353 de 2015 en tanto somete a condiciones el disfrute de los derechos fundamentales de la madre.

Artículo 2: El Estado tiene como fin esencial promover la efectividad de los derechos, situación que se ve violentada en tanto se limita su acceso condicionándolo al pago de las cotizaciones por parte del empleador, este último

es quien debería recibir el efecto adverso de la mora y no la empleada que no tiene la responsabilidad en el pago de los aportes.

Artículo 4: La Constitución es norma de normas, por lo cual toda incompatibilidad con ella hace imperioso un control de legalidad y constitucionalidad de las leyes, control que se requiere frente al Decreto 2353 de 2015 en tanto va en contra de los preceptos constitucionales de protección a la familia, el niño y la maternidad.

Artículo 5: Colombia busca y garantiza la protección de los derechos inalienables de las personas, derechos que no pueden ser negados porque hacen parte de la esencia del ser humano, el Decreto 2353 de 2015 expedido por el gobierno nacional no puede limitar su acceso imponiendo condiciones para su goce.

Artículo 44 y 48: Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada entre otros; Los derechos en mención se ven violentados por el Decreto 2353 de 2015 pues impiden el acceso a la licencia de maternidad en casos de mora, violentan el derecho a la Seguridad Social irrenunciable en tanto generan la desafiliación de la madre al sistema de salud, llegando a poner en riesgo la vida del niño y su crecimiento saludable.

De esta manera no puede perderse de vista que la competencia y carga de cobro de los aportes al Sistema de Seguridad Social están en cabeza de las Administradoras y si éstas no realizaron los cobros oportunos y debidos no puede transportarse la carga al trabajador de verse perjudicado en el otorgamiento de

sus derechos, así lo dispone el Artículo 24 de la Ley 100 de 1993: “Corresponde a las entidades administradoras de los diferentes regímenes adelantar las acciones de cobro con motivo del incumplimiento de las obligaciones del empleador de conformidad con la reglamentación que expida el Gobierno Nacional. Para tal efecto, la liquidación mediante la cual la administradora determine el valor adeudado, prestará mérito ejecutivo.”, esto aplicándose en igual medida al cobro de los trabajadores independientes y así mismo los artículos 156 y 178 de la misma normatividad.

De este modo, no se puede dar vía libre a las empresas prestadoras de servicios de salud e Instituciones prestadoras de servicios de salud, del país para encontrar argumentos vacíos que les permitan dar negativas a los derechos de quienes acuden a las mismas.

COMPETENCIA

Conforme al del Artículo 33 de la Ley 446 de 1.998 donde se establecen las competencias de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado es Competente la misma según el Numeral 7º, para conocer de esta

Acción por estar dirigida contra un Decreto Ejecutivo, no sometido a control de la Honorable Corte Constitucional.³⁶

NOTIFICACIONES:

- Presidencia de la República, quien expidió el Decreto Acusado:
Presidencia de la República, Palacio de Nariño, carrera 8 calles 7 y 8, Bogotá D.C.

- Demandante: Calle 36 AA sur #25b - 150, Envigado – Antioquia.

Honorables consejeros, respetuosamente:

JULIANA SOTO RESTREPO

CC. 1039467996

³⁶ COLOMBIA, SECRETARIA DEL SENADO. Código Contencioso Administrativo. [Online]. Bogotá, 2012. [Citada 5 febrero de 2017]. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html

CONCLUSIONES

- El planteamiento del problema revela la imperiosa necesidad de corregir la normatividad, retirando de su contenido los términos que limitan el acceso a prestaciones que guardan estrecha relación con derechos humanos fundamentales, de modo que los controles que existen en el ordenamiento para la expedición de normas como el control de constitucionalidad de los decretos dictados por el gobierno (Artículo 237 de la Constitución Política de Colombia) y la nulidad de los actos administrativos como control judicial, deben emplearse con mayor rigurosidad para la protección de los derechos existentes.
- Como resultado del estudio de los antecedentes normativos y jurisprudenciales se concluye que la protección a la licencia de maternidad es alcanzada en general por medios judiciales que han logrado percibir la inminente y necesaria regulación y clarificación de los derechos del menor y la madre, por lo cual se hace indispensable la presentación de la demanda de nulidad simple ante el Consejo de Estado.
- La normativa internacional de organizaciones como la OIT y la OCDE evidencia la profunda necesidad de acogerla para generar más justicia y seguridad jurídica para las mujeres colombianas, de modo que se les brinden garantías como la licencia de maternidad sin obstáculos que permitan a los niños y a sus progenitoras alcanzar las condiciones suficientes para llevar una vida digna y saludable.

- Ha quedado demostrado que la normativa sobre la licencia de maternidad está en constante desarrollo, lo cual favorece directamente a las mujeres que están próximas a cumplir la etapa de maternidad y buscan garantías compartidas entre el Estado y su empleador.
- Se logró identificar la problemática que existe con respecto al ejercicio de la facultad extraordinaria de regulación que tiene la Rama Ejecutiva, el cual excede sus competencias y funciones.
- La licencia de maternidad es un conjunto de beneficios tanto para la madre como para su hijo, en tanto favorece la salud mental, la lactancia, el cuidado y participación en la vida del menor.
- Como resultado de la precedida investigación ha quedado en manifiesto la suma relevancia que tiene la demanda a radicar ante El Consejo de Estado, de ser acogida la tesis que plantea, se lograría dar mayor coherencia al régimen normativo colombiano y empezar a construir seguridad para quienes eventualmente se vean sumidos en la maternidad.

BIBLIOGRAFIA

1. ARL SURA. Medios para hacer el pago de aportes. [online] Bogotá. [Citada 25 octubre de 2016] <https://www.arlsura.com/index.php/component/content/article?id=1426&start=1>.
2. CANADA, CALGARY DISTRICT LABOUR. Normas laborales de Canadá. [Online] 2016. [Citada 13 octubre de 2017] <http://www.thecdlic.ca/normas-laborales-de-canada-canada-labour-code/>.
3. CHILE, ATIENDE. Post natal. [Online] Santiago, 2017. [Citada 13 octubre de 2017] <https://www.chileatiende.gob.cl/fichas/ver/8647>.
4. COLOMBIA, ALCALDIA DE BOGOTA. Decreto 806 de 1998. [online] Bogotá, 1998. [Citada 25 octubre de 2016] <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=19411>.

5. COLOMBIA, CONGRESO. Gaceta. [online] Bogotá, 2015. [Citada 16 noviembre de 2016]
http://www.imprenta.gov.co/gacetap/gaceta.mostrar_documento?p_tipo=05&p_numero=064&p_consec=42494.

6. COLOMBIA, CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T 646 de 2012. [online] Bogotá, 2016. [Citada 15 septiembre de 2016]
<http://www.Corteconstitucional.gov.co/relatoria/2012/t-646-12.htm>.

7. COLOMBIA, DEFENSORÍA. Circular Superintendencia. [online] Bogotá, 1995. [Citada 25 octubre de 2016]
http://www.defensoria.gov.co/public/Normograma%202013.../Circularr_Ext_011_1995.pdf.

8. COLOMBIA. MINISTERIO DEL TRABAJO. Pensiones. [Online]. Bogotá, 2016. [Citada 17 julio de 2017] <http://www.mintrabajo.gov.co/empleo-y-pensiones/pensiones>.

9. COLOMBIA, PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Constitución Política de Colombia, Artículo 48. [online] Bogotá, 1991. [Citada 15 septiembre de 2016]
http://www.procuraduria.gov.co/guiamp/media/file/Macroproceso%20Disciplinario/Constitucion_Politica_de_Colombia.htm.

10. COLOMBIA, PROCURADURIA GENERAL DE LA NACION. Financiamiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud. [online] Bogotá. [Citada 17 julio de 2017]
<https://www.procuraduria.gov.co/portal/media/file/Publicación%20-%20Finanzas%20en%20Salud.pdf>.

11. COLOMBIA. SECRETARIA DEL SENADO. Código Sustantivo del Trabajo. [Online] Bogotá. [Citada 15 de septiembre]
http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_sustantivo_trabajo_pr008.html#236.

12. COLOMBIA, SECRETARIA DEL SENADO. Código Contencioso Administrativo. [Online]. Bogotá, 2012. [Citada 5 febrero de 2017].

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

13.DANE. Boletines políticos y culturales. [Online] Bogotá, 2016. [Citada: 02 septiembre 2016] <http://www.dane.gov.co/index.php/esp/component/content/article/110-boletines/encuestas-politicas-y-culturales/6232-nacimi>.

14. ESPAÑA, SEGURIDAD SOCIAL. Trámites y gestiones. [Online] 2017. [Citada 13 octubre de 2017] http://www.seg-social.es/Internet_1/Masinformacion/TramitesyGestiones/PrestaciondeMaterni43344/index.htm.

15. ESTRADA MUNDACA, P. La Licencia de maternidad en Colombia. [online] [Citada 24 octubre de 2016] <http://maximogris.net/revista/?p=5139>.

16. FRANCIA, EL SISTEMA FRANCES DE PROTECCION SOCIAL. Seguro de enfermedad, maternidad y paternidad. [Online] 2017. [Citada 13 octubre de 2017] http://www.cleiss.fr/docs/regimes/regime_france/es_1.html.
17. IZAGUIRRE, M. ¿En qué país está la licencia de maternidad más larga?. [online] Perú, 2016. [Citada 2 abril de 2017] <http://elcomercio.pe/economia/mundo/que-paises-tienen-licencia-maternidad-mas-extensa-noticia-1869578>.
18. MÁRQUEZ, A. Licencia de maternidad: avance en el legislativo colombiano. [online] Bogotá. [Citada 2 abril de 2017] <http://senado.gov.co/historia/item/6367-licencia-de-maternidad-avance-en-el-legislativo-colombiano>.
19. NACION, L. Licencias de maternidad y paternidad en el mundo: ¿cómo está la Argentina?. [online] Argentina, 2016. [Citada 2 abril de 2017] <http://www.lanacion.com.ar/1889662-licencias-de-maternidad-y-paternidad-en-el-mundo-como-esta-la-argentina>.

20.OIT. Convenio C03, C 103, C 183 - Convenio sobre la protección de la maternidad, 2000 (núm. 183). [online] [Citada 16 noviembre de 2016]
http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C183.

21.OIT. Perfil de Derecho Laboral nacional: Italia. [Online][Citada 13 octubre de 2017]
http://www.ilo.org/ifpdial/information-resources/national-labour-law-profiles/WCMS_159153/lang--es/index.htm.

22.PEREDA, C. Por qué Estados Unidos no ofrece bajas por maternidad remuneradas. [online] Washington, 2015. [Citada 2 abril de 2017]
http://internacional.elpais.com/internacional/2015/10/20/estados_unidos/1445365927_354524.html.

23. PERIODICO EL TIEMPO. Por evasión, Seguridad Social dejó de percibir \$ 9,7 billones – Sectores – El Tiempo [Online]. Bogotá, 2016. [Citada 25 agosto de 2016] <http://www.eltiempo.com/economia/sectores/evasion-en-aportes-de-seguridad-social-en-colombia-2016/16633258>.

24. PERIODICO EL TIEMPO. Unas 15 EPS habrían hecho recobros ilegales por más de 50.000 millones. [Online] Bogotá, 2016. [Citada 25 agosto de 2017] <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/eps-habrian-hecho-cobros-ilegales-al-fosyga-35038>.

25. REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. Diccionario. [online] [Citada 15 septiembre de 2016] <http://dle.rae.es/?id=B9LCbN9>.

26. SUECIA, INFORMATION OM SVERIGE. El seguro parental. [Online] 2016. [Citada 13 octubre de 2017] <https://www.informationsverige.se/Spanska/Samhalle/Samhallsorientering/Paginas/Ekonomiskt-stöd.aspx#>.

