



Concepto 161668

Bogotá, D.C. 19 SEP 2014

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual consulta sobre el pago de la licencia de maternidad, para cuyos fines, esta Oficina se permite, de manera atenta, atender su interrogante, mediante las siguientes consideraciones generales:

Inicialmente, se observa oportuno señalar que de acuerdo con la naturaleza y funciones asignadas en el Decreto 4108 de 2011 a la Oficina Asesora Jurídica de este Ministerio, sus pronunciamientos se emiten en forma general y abstracta ya que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Para el reconocimiento y pago de la prestación económica por licencia de maternidad por parte de las Entidades Promotoras de Salud, deberá darse cumplimiento a las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, cuyo texto establece lo siguiente:

"ARTICULO 3º Periodos mínimos de cotización.

Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes periodos mínimos de cotización:

1. Modificado por el art. 9. Decreto Nacional 783 de 2000. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado ininterrumpidamente un mínimo de cuatro (4) semanas y los independientes veinticuatro (24) semanas en forma ininterrumpida, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

2. Licencias por maternidad. Para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión. (subrayado fuera de texto)

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando exista relación laboral y se cotice un periodo inferior al de la gestación en curso o no se cumplan con las condiciones previstas dentro del régimen de control a la evasión para el pago de las prestaciones económicas con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud (...)"

Por su parte, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 determina que para efectos del reembolso o pago de la licencia de maternidad, los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago tendrán derecho a solicitarlo, siempre que al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

ARTICULO 21. Reconocimiento y pago de licencias.

Los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la incapacidad o licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:



1. Haber cancelado en forma completa sus cotizaciones como Empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores. igual regla se aplicará al trabajador independiente, en relación con los aportes que debe pagar al Sistema. Los pagos a que alude el presente numeral, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante cuatro (4) meses de los seis (6) meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

Cuando el empleador reporte la novedad de ingreso del trabajador, o el trabajador independiente ingrese por primera vez al Sistema, el periodo de qué trata el presente numeral se empezará a contar desde tales fechas, siempre y cuando dichos reportes de novedad o ingreso al Sistema se hayan efectuado en la oportunidad en que así lo establezcan las disposiciones legales y reglamentarias.

Esta disposición comenzará a regir a partir del 1° de abril del año 2000.

2. No tener deuda pendiente con las Entidades Promotoras de Salud o instituciones Prestadoras de Servicios de Salud por concepto de reembolsos que deba efectuar a dichas entidades, y conforme a las disposiciones vigentes sobre restricción de acceso a los servicios asistenciales en caso de mora.

Conforme a la disposición contenida en el numeral 1 del presente artículo, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por enfermedad general o maternidad a que tengan derecho sus trabajadores, en los eventos en que no proceda el reembolso de las mismas por parte de la EPS, o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el periodo que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

En estos mismos eventos, el trabajador independiente no tendrá derecho al pago de licencias por enfermedad general o maternidad o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el periodo en que esté disfrutando de dichas licencias.

3. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.

4. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre periodos mínimos para ejercer el derecho a la movilidad durante los dos años anteriores a la exigencia del derecho, evento en el cual, a más de la pérdida de los derechos económicos, empleado y empleador deberán responder en forma solidaria por los aportes y demás pagos a la entidad promotora de salud de la que pretenden desvincularse o se desvincularon irregularmente.

Para este efecto, los pagos que deberán realizar serán equivalentes a las sumas que falten para completar el respectivo año de cotización ante la entidad de la que se han desvinculado, entidad que deberá realizar la compensación una vez reciba las sumas correspondientes.

Derogado por el art. 20. Decreto Nacional 783 de 2000. No tratarse de incapacidad generada por la atención de una exclusión del Plan Obligatorio de Salud o las complicaciones de dichas exclusiones, conforme las disposiciones legales".

Por su parte, el Decreto 806 de 1998, en su artículo 63 señala:

"Artículo 63. Licencias de maternidad.

El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un periodo igual al periodo de gestación". (Subraya fuera de texto)

Como puede observarse, la licencia de maternidad es una prestación económica reconocida por el Sistema de Seguridad Social en Salud a las madres trabajadoras que cumplan con los requisitos establecidos en la Ley, los cuales están dirigidos principalmente a que la afiliada debe haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo su periodo de gestación.



Sin embargo y a pesar de las restricciones o límites impuestos por las normas antes citadas, es preciso señalar que la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias oportunidades en sede de tutela, indicando que ante el evento en el que la trabajadora haya efectuado cotizaciones por un lapso inferior al del periodo de su gestación, **se deberán seguir algunas reglas para efectos del pago de la licencia de maternidad de manera proporcional.**

En este sentido, es oportuno acudir a lo dispuesto en la sentencia T — 1223 de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, en cuyos apartes señaló lo siguiente:

"4.3. Jurisprudencia sobre pago completo y pago proporcional de la licencia de maternidad.

En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del periodo de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del periodo de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

Si bien en oportunidades anteriores la Corte había ordenado el pago proporcional de la licencias de maternidad [92], sólo hasta el año 2007 esta regla empezó a ser aplicada de manera reiterada por las distintas salas [93]. En las primeras sentencias en las que se ordenó el pago proporcional de la licencia de maternidad no se aplicó un criterio uniforme en relación con el número de semanas o días dejados de cotizar al sistema que determinaban si procedía el pago proporcional o completo de la licencia de maternidad.

En la sentencia T-530 de 2007 (MP Marco Gerardo Monroy Cabra) se resumieron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta regla en la jurisprudencia de la Corte.

"(...) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006[94]. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su periodo de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T034 de 2007[95] en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su periodo de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007[96], se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que "en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el periodo de cotización debe ser igual al de la gestación "[97].

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas. En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo.



En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%)."

A partir de estas consideraciones, en la sentencia T-530 de 2007 se ordenó el pago proporcional en los casos en los que las mujeres habían dejado de cotizar más de dos meses y pago completo cuando se había dejado de cotizar menos de dos meses. De allí se formularon dos hipótesis Tácticas que definen tratamientos diferentes en cuanto a la orden del pago, dependiendo del tiempo dejado de cotizar:

(i) Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS menos de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago total de la licencia de maternidad.

(ii) Cuando una mujer deja de cotizar al SGSSS más de dos meses del periodo de gestación, y cumple con las demás condiciones establecidas en la ley y la jurisprudencia, se ordena el pago proporcional de la licencia de maternidad al tiempo cotizado". (Subraya fuera de texto)

Posteriormente, la Corte Constitucional en la sentencia T — 174 de 2011, Magistrado Ponente Jorge Ivan Palacio Palacio, reiteró la posición antes señalada, en la cual señaló lo siguiente:

"En observancia de lo anterior, la Corte se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de exclusión en la aplicación del periodo mínimo de cotización. Al respecto es pertinente recordar que esta Corporación en la Sentencia T-1223 de 2008 señaló:

"En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos meses del periodo de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, si faltaron por cotizar más de dos meses del periodo de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes.

En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro Nomine, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad."

5.3. En conclusión, en los casos en los que las madres gestantes, por las razones que fueren, no pudieren cotizar ininterrumpidamente durante todo el periodo de gestación, dicha protección deberá reconocerse con el pago total de la licencia por maternidad cuando el tiempo dejado de cotizar sea menor a 10 semanas, o con el pago proporcional a lo cotizado cuando se supera este plazo. (Subraya fuera de texto)



De conformidad con las citas jurisprudenciales, puede señalarse frente a lo consultado que en virtud de la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de los que se refieren (i) al tiempo de cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación y, (ii) al pago oportuno de las cotizaciones al sistema de salud por lo menos cuatro de los seis meses anteriores a la fecha de causación del derecho, la Corte Constitucional ha señalado la posibilidad de que el Sistema de Seguridad Social en Salud reconozca de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad en los eventos en los que la madre trabajadora no cuenta con el periodo de cotización exigida por la Ley, siguiendo las reglas antes mencionadas.

Mientras se mantenga la relación laboral, frente al trámite de incapacidades el Decreto 19 de 2012 señala lo siguiente:

ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD.

El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. Subraya fuera del texto original

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.

De acuerdo con lo expuesto, en lo que respecta al trámite de reconocimiento de incapacidades, este deberá ser adelantado de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. Y en consecuencia, en ningún caso la empresa podrá trasladar al trabajador afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en virtud del cual las respuestas dadas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(Firma en el documento original)

ANDREA PATRICIA CAMACHO FONSECA

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención a Consultas en Materia de Seguridad Social Integral
Oficina Asesora Jurídica