

1200000-33474

Bogotá D.C., 02 de marzo de 2015

**ASUNTO: ID 46607 de 2014 /
Simultaneidad de la Licencia de maternidad y la incapacidad**

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual se refiere a una consulta sobre "si es posible que se suspenda el disfrute de la licencia de maternidad cuando hay incapacidad por enfermedad", para cuyos fines, esta Oficina se permite, de manera atenta, atender sus interrogantes, 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.

Respecto a su cuestionamiento de si es posible que la licencia de maternidad se suspenda en su disfrute cuando sobrevenga una enfermedad general, ello no es posible, por las siguientes consideraciones:

El Artículo 206 de la Ley 100 de 1993, preceptúa sobre las incapacidades, cuando a la letra dice:

“ARTICULO. 206.-Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

Y con respecto a las licencias por maternidad establece:

“ARTICULO. 207.-De las licencias por maternidad. Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El

cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC.”

Así las cosas, se observa que tanto el pago de las incapacidades como la proveniente de la licencia por maternidad, están reguladas por lo nombrado por la Ley 100 de 1993, que regula el Sistema de Seguridad Social Integral, es decir, que los reconocimientos si bien es cierto, provienen de subcuentas diferentes, proceden del mismo sistema, que como su nombre lo indica se considera integral, acepción que significa que comprende todos los aspectos o todas las partes necesarios para estar completo, lo que unido a las manifestaciones del Decreto 770 de 1975, que estipula el manejo adecuado de los recursos, impide la cancelación simultánea de las dos novedades a la trabajadora.

Es la razón por la cual no es posible ni reconocer a la afiliada las prestaciones económicas provenientes de licencia de maternidad y concomitante la de enfermedad general, pues la mayor de ellas y más favorable a la trabajadora, cual es la Licencia de Maternidad, pues se cancela el 100% del ingreso base de liquidación, subsume la segunda, en tanto la pueda comprender en términos de extremos o lapsos de tiempo en que la segunda fuere concedida.

Solamente en el caso de que la incapacidad por enfermedad supere en lapsos de tiempo a la licencia de maternidad, ésta se pagará por el período restante, con los porcentuales establecidos, es decir, de acuerdo a lo contemplado con el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que a la letra dice:

“El artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo determina que 'en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador tiene derecho a que el empleador le pague un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: las dos terceras (2/3) partes del salario durante los primeros noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante'. Este artículo fue declarado condicionalmente exequible por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-543 del 18 de julio de 2007, "(...) en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente (...)”.

La Licencia de Maternidad en cambio se cancela de acuerdo a lo regulado por el Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el mismo que a la letra dice:

“Artículo 1 de la Ley 1468 de 20115: “ARTICULO 1°. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así: Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de catorce (14) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso...”

Esta situación de la imposibilidad de coexistencia de ambas novedades, está corroborado por lo estipulado por la siguiente norma, que inicialmente aplicada al Instituto de Seguros Sociales, se hace extensiva para todo el sistema por analogía, al no haber una específica para cada una de las entidades del sistema. La mencionada norma a la letra dice:

“Artículo 21 del Decreto 770 de 19751, determinó que: 'Artículo 21. Si durante los períodos de reposo prenatal y post-natal coexistiere una enfermedad, se causará únicamente el subsidio por maternidad. Si terminado el período de descanso por maternidad subsiste la enfermedad, las prestaciones económicas

que se causen se pagarán en las cuantías, y condiciones determinadas en el Seguro de Enfermedad General”

Para corroborar lo afirmado el despacho se permite transcribir apartes del Concepto emitido por el Ministerio de Salud al respecto, Radicado No. 201311200478701 Fecha: 19-04-2013, el mismo que a la letra en su parte pertinente, afirma.

“Al respecto, resulta pertinente anotar que esta disposición también fue contemplada en el parágrafo 2 del artículo 36 de la Resolución 2266 de 1982 reglamentaria del reconocimiento de incapacidades y licencias por parte del ISS, siendo así como señaló: "Si durante los períodos de reposo prenatal o post-natal coexistiere una enfermedad, se causará solamente el subsidio par maternidad". Aclarado lo anterior, debe indicarse que si llegare a coexistir una licencia de maternidad con una incapacidad por enfermedad general y teniendo en cuenta que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud no pueden reconocerse simultáneamente a un afiliado dos prestaciones económicas, se causará únicamente el subsidio por maternidad, dado su especial protección constitucional y legal, lo que como tal, lo torna en prevalente sobre la incapacidad por enfermedad general."

La presente consulta, se absuelve en los términos del Artículo 25 y 33 del Código Contencioso Administrativo, en virtud de los cuales las respuestas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución porque conllevan solo un criterio orientador.

Cordialmente

(Firma en la original)

DIEGO FELIPE JIMÉNEZ ANGARITA
Coordinador Grupo Interno de Trabajo de Atención de
Consultas en Materia de Seguridad Social Integral