

1200000 - **238512****URGENTE**Bogotá, D.C. **11 DIC. 2015****ASUNTO:** Pago licencia maternidad proporcional

Respetado (a) Señor (a):

Hemos recibido la comunicación radicada con el número del asunto, mediante la cual Usted, se refiere a una consulta sobre "Pago Licencia de maternidad proporcional", 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 debido a que sus funcionarios no están facultados para declarar derechos individuales ni definir controversias.

Respecto de sus inquietudes cabe manifestar que el Empleador tiene obligación legal establecido en el Sistema de Seguridad Social Integral, reglado por la Ley 100 de 1993, de afiliar a la trabajadora desde el primer día de labores y cuando el empleador cotiza al sistema en salud, la está amparando por las contingencias de enfermedad general y maternidad, para la cual la norma requiere el cumplimiento de ciertos requisitos que al decir de la H. Corte Constitucional se deben flexibilizar en el caso de la mujer en embarazo, para poder protegerla debidamente en su estado.

Por ello, la H. Corte Constitucional, preceptuó que en atención al amparo Constitucional del cual es acreedora por su condición, la trabajadora por quien se ha cotizado a salud y se está al día en los aportes al sistema por parte de su empleador, tendrá derecho a que se le cancele la licencia de maternidad en forma proporcional, no importando el número de días o semanas que se cotizó al sistema.

Por tanto, a pesar de que el reconocimiento de la prestación económica derivada de licencia por maternidad, estará a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo las condiciones que el mismo tiene previstas para las personas afiliadas cotizantes al régimen contributivo dentro del Plan de

Beneficios establecido en la Ley 100 de 1993 y los Decretos 806 de 1998 y 047 de 2000, y con los requisitos establecidos en el Decreto 1804 de 1999, cabría el pago de la licencia proporcional, como se verá.

El Artículo 207 de la Ley 100 de 1993, determina:

“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 de las Unidades de Pago por Capitación, UPC”.

Dentro de las disposiciones vigentes se encuentra el Decreto 806 de 1998, que en el Artículo 28 respecto de los beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo, establece:

*“El régimen contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:
“a. Subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.”*

Por su parte, el Decreto 047 de 2000, numeral segundo del Artículo 3° dispone:

“Períodos mínimos de cotización. Para el acceso a las prestaciones económicas se estará sujeto a los siguientes períodos mínimos de cotización

(...)

“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 período 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.”

La H. Corte Constitucional, máxima Autoridad interpretativa de las normas, establece el pago de la licencia de maternidad proporcional al tiempo cotizado, en Sentencia T-1223/08, decisión que ha sido reiterada a través de Sentencia T-174/2011, de las cuales se extractan algunos de los apartes así:

En la Sentencia T-1223 de 2008, Magistrado Ponente Dr. Manuel José Cepeda Espinosa. Bogotá, D.C., cinco (5) de diciembre de dos mil ocho (2008), la Corte a la letra dice:

“(…)

“y ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud un período inferior a la duración de su gestación. En este caso, la compensación opera de la siguiente manera:

- a) si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia.*
- b) si ha dejado de cotizar once o más semanas, procederá el pago proporcional de la licencia conforme al número de semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación. En ninguno de estos casos puede haber transcurrido más de un año entre el nacimiento y la solicitud del pago de la licencia. En aquellas situaciones en las que la mora en el pago, o el no pago, resulte imputable al empleador, la financiación corresponderá a éste.*

Para garantizar la efectividad de estas órdenes en la parte resolutive de esta providencia también se ordenará al Ministerio de Protección Social que envíe una comunicación a todas las Entidades Promotoras de Salud habilitadas en el país en la que se incluyan los numerales vigésimo primero y vigésimo segundo de la parte resolutive de esta providencia.”

Así mismo, contempla la regla aplicable para cada caso, según dispone:

“(…)

“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 fácticas 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 período 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 período 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...”*

Así mismo en la Sentencia T 174 de 2011, Magistrado Ponente: Dr Jorge Ivan Palacio Palacio, corrobora esta postura de la Corte cuando en su parte pertinente a la letra dice :

“(…)

“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 mas (sic) 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 homine, 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...*” (Resaltado fuera de texto)

La presente consulta se absuelve en los términos del Artículo 28 de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual las respuestas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución.

Cordialmente,

[ORIGINAL FIRMADO]

ZULLY EDITH AVILA RODRIGUEZ

Coordinadora Grupo Interno de Trabajo de Atención de Consultas en materia de Seguridad Social Integral

Elaboró: Adriana C.
Revisó : Dra. Ligia R.
Aprobó: Dra. Zully A.

Ruta Electrónica:/C:\Users\lcalvachi\Documents\VACA_1\ADICIONES SOLICITUD CONSULTAS\11-12-2015\Carmen Acevedo.- 219806.-2015.- Pago proporcional Licencia Maternidad.docx