

CONCEPTO 20843 DE 2005

(diciembre 15)

<Fuente: Archivo interno entidad emisora>

INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

D.J.N.

Bogotá, D.C.

PARA: Doctor Jairo Reynales Londoño

Vicepresidente EPS

DE: Dirección Jurídica Nacional – Unidad de Seguros

ASUNTO: V-EPS 0016534 – Pago Licencia de Maternidad

Mediante oficio remitido a esta Dirección, solicita concepto respecto al pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre la obligación de pago de licencias de maternidad a las afiliadas que han efectuado sus aportes extemporáneamente y que el ISS ha negado su reconocimiento por esta causa, al no cumplir con el requisito previsto por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, de haber pagado en forma oportuna al menos cuatro de los seis períodos anteriores a la causación del derecho.

Igualmente consulta acerca de la oportunidad en la cual debe disfrutarse de la licencia de paternidad, si debe coincidir en el tiempo con la licencia de maternidad, o puede el padre hacer uso de esta licencia en cualquier época.

Al respecto manifestamos:

El numeral 2o del artículo 3o del Decreto 047 de 2000 establece los requisitos para acceder a las prestaciones económicas generadas de la licencia de maternidad, en los siguientes términos:

“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.

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 período inferior al de la gestación en curso o no se cumpla 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.”

Consecuente con lo expuesto, todo afiliado está obligado a cumplir con las obligaciones que le impone la afiliación al Sistema de Salud y en la misma proporción tiene derecho a recibir los beneficios que en su favor ha creado la ley, en otras palabras, si la trabajadora no reúne los requisitos enunciados no podrá acceder al derecho al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

Adicional a lo anterior, el numeral 2o del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, determina que:

“Conforme a la disposición contenida en el numeral 1o 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 E.P.S., o en el evento en que dicho empleador incurra en mora, durante el período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores al sistema.”

No obstante lo anterior, la jurisprudencia ha reiterado en varias oportunidades que las Empresas Promotoras de Salud pueden hacer uso de los mecanismos que les brinda la ley para oponerse al pago fuera de tiempo de las cotizaciones de sus afiliados, pero de llegar a aceptarlas sin pronunciarse oportunamente, se presentará el fenómeno de allanamiento a la mora, que conlleva que dichas entidades no puedan negarse a la cancelación de las licencias de maternidad reclamadas por sus afiliadas y no puedan alegar la excepción de contrato no cumplido.

En efecto, en la sentencia T-413 de 2004, la Corte tuteló el derecho al mínimo vital de una persona a quien una E.P.S., le negó el pago de varias incapacidades laborales, con fundamento en que algunos de los aportes en salud habían sido realizados extemporáneamente, considerando que la entidad demandada no había realizado "las gestiones tendientes a obtener el pago oportuno del empleado". La Corte extendió a los casos de incapacidades laborales, la aplicación de la jurisprudencia constitucional respecto de las situaciones en las cuales las empresas promotoras de salud se niegan a pagar licencias de maternidad porque el empleador se encuentra en mora. La Sala Sexta señaló:

"Esta Corporación ha reconocido que en caso de que el empleador haya cancelado extemporáneamente los aportes en materia de salud a la entidad promotora de salud, ésta no podrá negarse a cancelar la licencia de maternidad si no realizó todas las gestiones tendientes a obtener el pago oportuno del empleador. Ha dicho la Corporación:

“En aplicación del principio de la buena fe, entendido como la confianza en las relaciones jurídicas de las partes" la EPS no puede desconocer pago de la licencia de maternidad cuando hubiere allanado la mora del empleador. En efecto, si una empresa promotora de salud no alega la mora en la cancelación de los aportes que realiza el empleador a la seguridad social, posteriormente no puede negar la prestación económica del trabajador por ese hecho, pues aceptar lo contrario implicaría favorecer la propia negligencia en el cobro de la cotización e impondría "una carga desproporcionada a la parte más débil de esta relación triangular, esto es, al trabajador". Además, debe recordarse que el Seguro Social está en todo el derecho de reclamar al empleador el pago oportuno de las cotizaciones y de los intereses moratorios que se originan con el incumplimiento, "pues esa entidad tiene los medios jurídicos que expresamente se disponen para ello, y en caso de que éstos sean insuficientes, es deber del Legislador desarrollar tales mecanismos a fin de asegurar la eficacia del sistema de seguridad social."

Si bien hasta el momento la Corporación ha aplicado la tesis del allanamiento a la mora a negativas de pago de licencia de maternidad, esta Sala de Revisión considera que tal criterio también puede ser aplicado, mutatis mutandi, cuando por la mora en el pago de los aportes en salud por parte del patrono se niega el pago de una incapacidad laboral, llegándose a afectar el mínimo vital. En esta situación se presentan tres elementos comunes a las situaciones hasta ahora contempladas por la jurisprudencia: (i) vulneración del mínimo vital del accionante por el no

pago oportuno de una acreencia de tipo laboral, (ii) actuación contraria a la buena fe por parte de la entidad promotora de salud al no haber requerido oportunamente al empleador para el pago oportuno del aporte, y (iii) pago efectivo, aunque tardío, de los aportes en salud.

Esta similitud justifica la aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada, hasta el momento, en los casos de no pago de licencia de maternidad a los casos de incapacidades laborales."

Similar planteamiento se efectuó en Sentencia T-389/04, M. P. Jaime Araujo Rentería, en donde se concedió la tutela al mínimo vital de una madre y su menor, no obstante que la EPS había alegado que la madre no había cotizado de manera completa durante el tiempo de la licencia. Señaló la Corporación frente al caso concreto:

No obstante, el I.S.S. Seccional Cesar se allanó a la mora, pues no ejerció las facultades que le otorga la ley para realizar el cobro de lo adeudado (cotizaciones, aportes o intereses moratorios por pagos extemporáneos), razón por la cual no puede alegar su propia negligencia para el no reconocimiento de la licencia de maternidad a que tiene derecho la demandante."(subrayas y negrillas ajenas al texto).

Así mismo, en la Sentencia T- 1010 –2004 al tratar el tema de allanamiento a la mora en caso de licencia de maternidad manifestó: “Esta Corporación ha reconocido que en caso de que el empleador haya cancelado extemporáneamente los aportes en materia de salud a la entidad promotora de salud, ésta no podrá negarse a cancelar la licencia de maternidad si no realizó todas las gestiones tendientes a obtener el pago oportuno”

En este orden de ideas y por las razones de orden legal y jurisprudencial expuestas, si la trabajadora cotizó ininterrumpidamente durante el período de gestación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, así algunos aportes se hayan pagado de forma extemporánea, y si la EPS no se pronunció al respecto de forma oportuna, allanándose de esta forma a la mora, deberá hacerse cargo del pago de la licencia de maternidad, máxime cuando ésta, tiene la finalidad de proveer el sustento y posibilitar el ejercicio de los derechos fundamentales de la madre y el menor en el período posterior al parto.

Ahora bien, en cuanto a la consulta respecto de la oportunidad en la que debe disfrutarse la Licencia de Paternidad, manifestamos que la finalidad buscada por el legislador al crear dicha figura, fue la de permitir a los niños al momento de su nacimiento el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente el de recibir el amor y el cuidado de su padre en los primeros días de su vida.

Dicho objetivo, así quedó reseñado en los antecedentes legislativos del proyecto de ley que hoy es la Ley 755 de 2002, señalando el legislador en su oportunidad lo siguiente:

"Es abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre, como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico entratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre

también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el post - parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé.

De otra parte, el artículo 1o de la Ley 755 de 2002 o Ley María, condiciona la licencia remunerada de paternidad a lo siguiente:

- a) Cotización del padre al Sistema General de Seguridad Social en Salud, caso en el cual la licencia remunerada de paternidad es de cuatro (4) días hábiles; o cotización de ambos padres, caso en el que de licencia remunerada de paternidad es de ocho (8) días hábiles;
- b) Incompatibilidad de la licencia remunerada de paternidad con la licencia por calamidad doméstica;
- c) Exclusividad de la licencia remunerada de paternidad para hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera permanente;
- d) Presentación del Registro Civil de Nacimiento como único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad;
- e) Presentación de la solicitud de licencia remunerada de paternidad a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor;
- f) Cotización efectiva del padre durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Adicionalmente, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social hoy Ministerio de la Protección Social en Concepto No. 031047 del 3 de octubre de 2002, en cuanto al momento en que el funcionario debe disfrutar de la licencia de paternidad expresó:

“Considera este despacho que puesto que la ley en estudio no lo estableció expresamente, es necesario acudir a lo que sobre este aspecto establecía el parágrafo que fue modificado por la ley 755 de 2002, que ordenaba que debía ser en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio, debido a que el fin de esta licencia es la de que la esposa o compañera del trabajador tenga de este la compañía y atención en los primeros días del nacimiento del menor”.

Con base en lo anterior, forzoso es concluir que el disfrute de la Licencia de Paternidad, esta supeditada a los términos de presentación de la solicitud de la misma o, el momento del nacimiento y los primeros días de vida; conclusión esta confirmada por la expresión de la Corte, cuando advierte, que la intención del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad fue, la de permitir al recién nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento.

En los anteriores términos, esperamos absolver su consulta.

Cordialmente,

RUTH ALEYDA MINA GARCÍA

Jefe Unidad de Seguros

Dirección Jurídica Nacional

Vo.Bo. EMIL ENRIQUE ARIZA OLAYA

Director Jurídico Nacional

MNLP

Rad: 15236 - 19453

2005.12.06



Disposiciones analizadas por Avance Jurídico Casa Editorial Ltda.

Normograma de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones

ISSN 2256-1633

Última actualización: 5 de febrero de 2021 - Diario Oficial No. 51567 - Enero 24 de 2021

