

EDITORIAL

La protección reforzada a la trabajadora durante el embarazo y el período posterior al parto han sido objeto de amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional laboral debido a la protección que de dicho estado se consagró en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política y a la prevalencia de los derechos fundamentales del menor consagrada en el artículo 44.

Una consecuencia de esa protección debe ser el reconocimiento y pago de las prestaciones, tanto económicas como asistenciales, que le corresponden a la trabajadora que se encuentra en gestación o puerperio, las cuales, pese a existir una reglamentación para tal efecto, no siempre son reconocidas por la exigencia de requisitos legales

Universidad
Externado
de Colombia

FACULTAD DE DERECHO
Departamento de Derecho Laboral

15 quince
abril de 2010

ISSN 1909-437X

Discurso Laboral

que al no ser conciliados a la luz de la Carta Política devienen en la vulneración de los derechos fundamentales tanto de la trabajadora como del hijo recién nacido y que en sede de tutela han terminado siendo matizados a fin de lograr el pago de dichas prestaciones.

En esta oportunidad, en el ensayo que se publica, se formulan reflexiones sobre los requisitos que la reglamentación de seguridad social exige para el reconocimiento de la licencia de maternidad y sobre el estado de la doctrina constitucional que al respecto ha producido la Corte Constitucional con el propósito de tener claridad sobre qué está vigente y que permite, en definitiva, la realización efectiva del derecho constitucional de la trabajadora embarazada.

EL RECONOCIMIENTO DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD Y LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Por JORGE MARIO BENÍTEZ PINEDO

Debido al número cada vez más creciente de acciones de tutela relacionadas con el acceso a las prestaciones reconocidas por el sistema general de salud y en especial las relativas al reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, la Corte Constitucional ha establecido por vía de jurisprudencia los requisitos para obtener dicho reconocimiento, inclusive cuando no se acredita el cumplimiento de las exigencias previstas en las normas vigentes para ello. El presente artículo busca dar claridad sobre lo que está vigente en este momento para el pago de la licencia de maternidad, a través de una revisión sucinta de la jurisprudencia actual de la Corte Constitucional en la materia, la normatividad legal y la última reglamentación del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud¹.

Desde los artículos 43 y 53 de la Constitución Política se consagra el deber de protección a la maternidad en cabeza del Estado; obligación que a su vez es reforzada por numerosos instrumentos internacionales, entre los que encontramos el Pacto Internacional de Derechos Económicos y Sociales y el Protocolo de San Salvador, los cuales hacen parte del bloque de constitucionalidad en materia laboral, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional².

En consonancia con lo anterior, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo establece el derecho de la trabajadora gestante de gozar de una licencia remunerada equivalente a doce semanas durante la época del parto. A partir de la entrada en vigencia del sistema integral de seguridad social creado con la Ley 100 de 1993, todas las prestaciones derivadas de la maternidad, tanto económicas³ como médico asistenciales⁴ fueron asumidas por el subsistema general de salud.

Con la expedición de los Decretos 806 de 1998, 1804 de 1999 y 047 de 2000, se reglamentó, entre otros temas, el pago de las prestaciones económicas reconocidas por el sistema (auxilio por enfermedad general y maternidad), con el fin de asegurar su sostenibilidad financiera. Es así como se contemplaron en estos decretos algunos requisitos para el pago de dichas prestaciones, y en lo concerniente a la maternidad encontramos dos estipulaciones que han sido particularmente controversiales, ya que en la práctica han constituido una limitación ostensible –y en ocasiones excesiva– para el pago de la licencia de maternidad: la obligación de cotizar durante todo el periodo de gestación y la necesidad de que el pago de los aportes se haya realizado en forma cumplida por lo menos cuatro meses de los seis anteriores a la fecha de causación del derecho.

En efecto, el artículo 63 del Decreto 806 de 1998 dispone que para el reconocimiento de las prestaciones económicas por maternidad se requerirá que “la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación”⁵. Por su parte, el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 establece como requisito que el empleador debió pagar en forma completa las cotizaciones a su cargo dentro del año anterior a la solicitud y, además, que dichos pagos se hubiesen realizado en forma oportuna por lo menos cuatro meses de los seis anteriores a la fecha de causación del derecho⁶. Finalmente, el Decreto 047 de 2000 preceptúa que la trabajadora debe cotizar de forma ininterrumpida durante todo el periodo de gestación para tener derecho al reconocimiento y pago de la licencia⁷.

En una aplicación rigurosa de las disposiciones anotadas, las Entidades Promotoras de Salud han venido negando sis-

1. Se trata del Acuerdo 414 de 2009 que fue expedido por el CNSSS, ya que en ese momento no se encontraba en funcionamiento la Comisión de Regulación en Salud creada por la Ley 1122 de 2007.

2. Ver, entre otras, sentencias T-662 de 1997, T-694 de 1996, T-270 de 1997, T-568 de 1996 y T-450 de 2009.

3. Artículo 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 de las Unidades de Pago por Capitación (UPC).

4. Artículo 166. ATENCIÓN MATERNO INFANTIL. El Plan Obligatorio de Salud para las mujeres en estado de embarazo cubrirá los servicios de salud en el control prenatal, la atención del parto, el control del posparto y la atención de las afecciones relacionadas directamente con la lactancia. El Plan Obligatorio de Salud para los menores de un año cubrirá la educación, información y fomento de la salud, el fomento de la lactancia materna, la vigilancia del crecimiento y desarrollo, la prevención de la enfermedad, incluyendo inmunizaciones, la atención ambulatoria, hospitalaria y de urgencias, incluidos los medicamentos esenciales; y la rehabilitación cuando hubiere lugar, de conformidad con lo previsto en la presente ley y sus reglamentos. Además del Plan Obligatorio de Salud, las mujeres en estado de embarazo y las madres de los niños menores de un año del régimen subsidiado recibirán un subsidio alimentario en la forma como lo determinen los planes y programas del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y con cargo a éste.

5. Artículo 63, Decreto 806 de 1998.

6. Artículo 21, numeral 1, Decreto 1804 de 1999.

7. Artículo 3.º, Decreto 047 de 2000.

temáticamente el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad que no cumplan con los anteriores requisitos, lo que ha dado lugar a que sea por vía de tutela que se logre dicho pago.

Como consecuencia de lo anterior, la Corte Constitucional ha decantado extensa jurisprudencia en la materia, precisando cuáles son los requisitos y términos en que procede la acción de tutela en estos casos y creando una serie de subreglas acerca de la cuantía en que se ordena el reconocimiento y pago de la licencia y la responsabilidad de las EPS y los empleadores en este pago. Respecto de lo primero, esto es, los términos en que se concede la tutela y los requisitos para que proceda frente al pago de la licencia de maternidad, ha dicho lo siguiente⁸:

Que se amenace el mínimo vital de la madre y el menor que está por nacer. La afectación se presume cuando la trabajadora devenga el mínimo legal o cuando el salario es su única fuente de ingresos.

La sola afirmación de la accionante en el sentido de carecer de recursos que le aseguren una subsistencia digna, es suficiente para que se entienda que existe afectación al mínimo vital. Esta afirmación está amparada de la presunción de buena fe (art. 83 C. P.) y por tanto será la entidad accionada la encargada de desvirtuar esta afirmación.

Si el empleador no realiza el pago de los aportes en forma cumplida, deberá asumir el pago de la prestación.

Si el empleador paga los aportes de forma tardía y la EPS no realiza requerimiento alguno al respecto o no rechaza el pago realizado en esta forma, se entiende que hubo un allanamiento a la mora y por tanto se obliga al pago de la licencia.

La trabajadora tiene un término de un año para interponer la acción de tutela.

En relación con el monto que se debe reconocer por concepto de licencia de maternidad y las responsabilidades que asumen la Entidades Promotoras de Salud y los empleadores, la Corte Constitucional ha distinguido entre el pago de la licencia, que corresponde a la EPS y la financiación de la misma que está a cargo de la subcuenta de compensación del FOSYGA, siempre que se cumplan los requisitos legales para su pago, de lo contrario, esto es, cuando la ausencia de estos requisitos sea imputable al empleador, la EPS deberá pagar el valor respectivo dependiendo de cada caso, pero podrá repetir contra el empleador, ya que sería el llamado a financiarla en esos casos⁹.

Ahora bien, para determinar la cuantía en que se reconoce la licencia, distingue la jurisprudencia constitucional el tiempo que haya faltado por cotizar: si el periodo dejado de cotizar es de hasta dos meses, se ordena el pago completo de la licencia de maternidad, y si el tiempo es mayor, se ordena el pago proporcional a aquel que se cotizó¹⁰. Sin embargo, a pesar que en las distintas salas ha sido uniforme la aplicación de esta subregla, no ha sucedido lo mismo en cuanto lo que debe entenderse por dos meses de cotización, es decir, en algunas sentencias se ha ordenado el pago completo de la licencia faltando ocho semanas de cotización y en otras faltando 10 semanas de cotización, pero sin precisar, en este último caso, la razón de equiparar 10 semanas con dos meses. A pesar de lo anterior, la Corte, en la sentencia T-1223 de 2008, acoge el término de 10 semanas en aplicación del principio *pro homine*¹¹.

Por otra parte, no precisa la Corte quién asume la proporción que no paga la EPS o quién es el obligado a su reconocimiento y financiación; sin embargo, de las subreglas mencionadas anteriormente se desprenden las siguientes hipótesis: si el periodo dejado de cotizar lo fue por causa no imputable al empleador –verbigracia, el caso en que la mujer ingresó a trabajar en estado de embarazo–, no puede ser

8. Corte Constitucional, sentencia T-094 de 2008, M. P.: Rodrigo Escobar Gil.

9. En la sentencia T-1223 de 2008, M. P.: Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte Constitucional precisó las subreglas acerca de la responsabilidad del empleador en los siguientes términos:

1. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS no rechaza el pago, se allana a la mora y el pago corresponde a la EPS.
2. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador fue vinculado al proceso de tutela, a él se le debe ordenar el pago.
3. Cuando el empleador incurre en mora y la EPS rechaza el pago, o incumple otro requisito, y el empleador no fue vinculado al proceso de tutela no se puede ordenar a la EPS el pago.

Respecto a estas reglas es importante resaltar que en todos los casos en los que el empleador es el obligado a financiar la licencia por incumplir con sus obligaciones frente a la cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que incluso si la EPS no se allanó oportunamente a la mora y se obliga a pagar la licencia, puede repetir contra el empleador por su costo, de acuerdo con las normas legales que definen la responsabilidad en la financiación de la licencia sin necesidad de que medie una decisión de tutela en ese sentido.

10. Ver, entre otras, sentencias T-034, T-206 y T-530 de 2007.

11. Sentencia T-1223 de 2008: *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.*

obligado ni al pago ni a la financiación de la licencia; pero si la causa de existencia de periodos dejados de cotizar le es imputable, será él quien deba asumir la financiación y pago del 100% de la licencia siguiendo las reglas sobre responsabilidad ya mencionadas.

Como consecuencia de la ausencia de regulación que garantice el respeto de los derechos fundamentales de las trabajadoras embarazadas, en especial las de ingresos más bajos y cuyo salario constituye su única fuente de ingresos, la Corte Constitucional ordenó al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expedir una regulación en el término de cuatro meses que permita conciliar el derecho fundamental de las trabajadoras a recibir el pago de su licencia frente al incumplimiento de los requisitos previstos en la normatividad vigente¹².

En cumplimiento de la orden impartida por la Corte Constitucional, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud expidió el Acuerdo 414 de 2009 “por el cual se establecen unas medidas para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad Social en Salud relacionadas con las licencias de maternidad”. Sin embargo, la normatividad expedida por el CNSSS no realiza los fines previstos en la sentencia que imparte la orden; por el contrario, reitera que las EPS pagarán las licencias de maternidad únicamente a las trabajadoras que tengan derecho a ella¹³, y aunque implícitamente consagra las reglas sobre allanamiento a la mora sentadas por la Corte Constitucional, la regulación se queda corta frente a los propósitos de reducción de tutelas trazados por el Tribunal Constitucional.

De la regulación contenida en el acuerdo, merece particular atención el artículo 2.º que dispuso lo siguiente: “**Reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existen pagos extemporáneos de la cotización.** Sin perjuicio de las sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud por el incumplimiento en las obligaciones de los aportantes con el Sistema General de Seguridad Social en Salud, en los casos en que durante el periodo real de gestación de cada trabajadora, el empleador o cotizante independiente no haya realizado el pago de las cotizaciones oportunamente, generándose con ello mora, la EPS o EOC efectuará el reconocimiento de la prestación económica de acuerdo con las normas vigentes, siempre y cuando se haya cumplido durante el periodo de la gestación con el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas, con los respectivos intereses de mora.

Si el empleador o la cotizante independiente se encuentran en mora en el pago de las cotizaciones en la fecha en que la madre cotizante da a luz, la EPS o EOC reconocerá la licencia de maternidad, siempre y cuando la mora sea de máximo un periodo de cotización y se haya dado el pago de la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento” (subrayado fuera del texto).

La norma transcrita regula el reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existe mora en el pago de los aportes, reglamentación que contraría la jurisprudencia de la Corte Constitucional en la materia y en especial lo dispuesto en la sentencia T-1223 de 2008. En efecto, las reglas sobre allanamiento a la mora establecidas por la Corte no distinguen acerca del número de semanas dejadas de cotizar para efectos del reconocimiento de la licencia sino que se fundamentan en la conducta de la EPS frente al no pago de los aportes por no ejercer acciones tendientes a su cobro o recibir dicho pago sin objeciones a pesar de la mora. De esta manera, el Acuerdo 414 de 2009 crea una barrera adicional para el acceso a la licencia de maternidad que no ha sido establecida por la Corte Constitucional: condiciona el reconocimiento de la licencia, en el caso de mora en los aportes, a que la misma no haya sido superior a un periodo de cotización y que el pago se haya realizado antes del reconocimiento¹⁴.

Debe advertirse, finalmente, que lo dispuesto en la reglamentación del CNSSS no afectará el pago de las licencias de maternidad para las trabajadoras que no cumplan con el requisito allí previsto, esto es, que la mora no sea superior a un periodo de cotización, ya que finalmente la aplicación de tal disposición en el caso concreto podría implicar la afectación de los derechos fundamentales de la trabajadora, lo que debe conllevar a la inaplicación del acuerdo por parte de los jueces de tutela. De esta forma se garantiza la protección de los derechos de las trabajadoras embarazadas y se evita que la regulación expedida por el CNSSS y plasmada en el Acuerdo 414 de 2009, restrinja aún más el acceso al reconocimiento de la licencia de maternidad, máxime cuando dicha reglamentación obedeció a lo dispuesto por la Corte Constitucional en la sentencia T-1223 de 2008 y cuyo único propósito era lograr la protección efectiva de los derechos de las trabajadoras, en especial las que se encuentran en situación vulnerable debido a sus bajos ingresos.

12. Sentencia T-1223 de 2008, numeral vigésimo segundo de la parte resolutive.

13. Artículo 1.º, Acuerdo 414 de 2009.

14. Debe precisarse, sin embargo, que la jurisprudencia de la Corte tiene en cuenta el periodo dejado de cotizar solo en las subreglas relativas al pago completo o proporcional de la licencia por no haberse cotizado durante todo el periodo de gestación, pero no en las concernientes a la mora del empleador en el pago de los aportes y la actitud pasiva de la EPS al respecto.