



FI-PLAN-110810 -V4



FI-PLAN-110810-V4

Para responder a este documento, favor citar este número: **2-2012-043366**

Bogotá D.C.

Doctor

Antonio Danna Enciso

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Por favor al contestar cite este número: **2-2012-043366**

Fecha 21/06/2012 16:00

Folios Anexos:

Origen Grupo Derechos De Petición Y Tutelas

Destino Antonio Danna Enciso

Copia

KR 8 64 42 OF 402

BOGOTA D.C. , DISTRITO CAPITAL

Referencia: **PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE ENFERMEDAD GENERAL, LICENCIA DE MATERNIDAD Y LICENCIA DE PATERNIDAD**

Referenciado:

[1-2012-022223](#)

Respetado Doctor Danna, En cuanto a la consulta de la referencia, esta Oficina Asesora Jurídica, en cumplimiento a lo establecido en el artículo 9º del Decreto 1018 de 2007, dentro de la órbita de su competencia, en términos generales, le manifiesta:

1. INCAPACIDAD POR ENFERMEDAD GENERAL O ACCIDENTE NO PROFESIONAL.

La prestación económica por enfermedad no profesional o común, la asumió el empleador hasta el año 1975 consistente en un auxilio en favor del trabajador y en virtud de la aplicación del principio de solidaridad. A partir de la expedición del Decreto 770 de 1975 la prestación fue asumida por el Instituto Colombiano de los Seguros Sociales de acuerdo con los porcentajes establecidos por el Código Sustantivo del Trabajo hasta el momento en que el Sistema de Seguridad Social fue constituido por la Ley 100 de 1993.

La incapacidad por enfermedad general, *"es el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual."* En ningún caso se le pagará a un afiliado al sistema simultáneamente incapacidad por enfermedad general, incapacidad por enfermedad profesional y pensión de invalidez absoluta o por gran invalidez.

El pago de la incapacidad lo hará directamente el empleador al afiliado cotizante

dependiente, con la misma periodicidad de su nómina, los valores así reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde esté afiliado el cotizante. Cuando se presenten traslados de EPS, los descuentos deberán ser realizados a la nueva entidad en su primer pago quien repetirá en la parte correspondiente ante la anterior.

2.1. Reconocimiento de la incapacidad derivada de enfermedad general o accidente no profesional.

La Ley 100 de 1993 en su artículo 206, establece que el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general o accidente común, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las Entidades Promotoras de Salud (EPS) podrán subcontratar con compañías aseguradoras.

2.1.1. Sector Público.

Las disposiciones legales del sector público referentes a las prestaciones por enfermedad no profesional, son las contempladas por el artículo 20 del Decreto 2400 de 1968, el literal b) del artículo 18 del Decreto 3135 de 1968 y el artículo 9° del Decreto 1848 de 1969 que establecen que en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y trabajadores oficiales tendrán derecho a que la respectiva entidad de previsión social (hoy EPS) les pague, durante el tiempo de la enfermedad, las dos terceras (2/3) partes del sueldo o salario durante los primeros noventa (90) días, y la mitad del mismo por los noventa (90) días siguientes, si la incapacidad se prolongare. De acuerdo con el inciso 1° del parágrafo del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968, la licencia por enfermedad, en este sector, no interrumpirá el tiempo de servicio.

El salario con la cual se pagara la incapacidad laboral en el sector público será con los factores salariales consagrados en el artículo 1 del Decreto 1158 de 1994.

2.1.2 Sector Privado.

Respecto del reconocimiento de auxilio por incapacidad, derivado de una enfermedad de origen común, se tiene que la disposición legal del sector privado que fundamenta el **AUXILIO MONETARIO POR ENFERMEDAD NO PROFESIONAL**, es el artículo **227 del Código Sustantivo del Trabajo**, en virtud del cual en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores, ocasionada por enfermedad no profesional, el trabajador, sea este dependiente o independiente, tendrá derecho a que le sea pagado un auxilio monetario hasta por ciento ochenta (180) días, así: Las (2/3) partes del salario durante los noventa (90) días y la mitad del salario por el tiempo restante.

El salario ordinario en el caso de trabajadores dependientes, puede ser fijo o variable, como lo ha expresado la Corte en varias oportunidades, según se pacte por unidad de tiempo, días, semanas, meses (salario fijo) o se determine de acuerdo al resultado de la actividad desplegada por el trabajador, evento en el cual admite varias modalidades de retribución: Por tarea, por unidad de obra, a destajo, por comisión, y otras similares (salario variable) (Cas. Octubre 5 de 1987). Queriendo esto decir, de acuerdo con la citada sentencia, que si el contrato de trabajo contempla una remuneración por unidad de tiempo, *“dicho salario no deja de ser fijo por que en su ejecución se reconozca trabajo suplementario, dominicales, viáticos, ni por qué el pago en algún momento incluya bonificaciones esporádicas o*

condicionadas al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo."

De esta manera, en caso de que el trabajador dependiente no devengue salario fijo, sino salario variable, de que tratan los artículos 176, 132 y 141 del CST, para pagar el auxilio por enfermedad no profesional se tendrá como base el promedio de lo devengado en el año de servicios anterior a la fecha en la cual empezó la incapacidad, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año, según lo establecido por el artículo 228 del CST.

De otra parte, de acuerdo con lo contemplado por la Ley 9 de 1963, cuando la incapacidad a que se refiere al artículo 227 y 277 del CST provenga de tuberculosis adquirida durante la vigencia del contrato de trabajo, el trabajador tendrá derecho al pago íntegro de su salario durante el tiempo requerido para la recuperación de su salud, hasta por un término de quince (15) meses; evento en el cual, si el trabajador no se sometiére estrictamente al tratamiento prescrito para su tuberculosis por el médico o entidad designados por el patrono o empresa, cesará de ipso - facto, la obligación establecida en su favor.

La incapacidad por enfermedad, no suspenderá el contrato de trabajo y por consiguiente, los términos de incapacidad no son descontables para efectos de la liquidación de prestaciones sociales.

Es importante aclarar que la Corte Constitucional, en Sentencia C-543 de 2007, declaró exequible el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, por los cargos formulados y en los apartes demandados, en el entendido que el auxilio monetario por enfermedad no profesional no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente.

"La Corte determinó que dado que los supuestos a los que alude el actor no pueden equipararse, en la medida en que pertenecen a sistemas de seguridad social diferentes, llamados cada uno a cubrir riesgos diferentes y bajo presupuestos de financiación igualmente disímiles, se encuentra que existe una justificación para el trato distinto que se da en la ley, en los porcentajes que se reconocen como auxilio monetario por enfermedad profesional o accidente de trabajo y el que se paga por la incapacidad laboral generada en enfermedad no profesional. Para la Corte se trata de prestaciones diferentes, que si bien hacen parte del sistema de seguridad social, no necesariamente deben tener un tratamiento idéntico, pues atienden a causas de naturaleza diferente para las que el legislador bien puede establecer parámetros distintos en función del cumplimiento de las finalidades señaladas en el artículo 48 de la Constitución. Ahora bien, hay que distinguir aquellas situaciones en las que el valor del auxilio monetario sea inferior al salario mínimo legal, que desconocería la garantía constitucional de todo trabajador a percibir el salario mínimo vital, consagrado en el artículo 53 superior, más aún en condiciones de afectación de su salud que no le permiten temporalmente trabajar. Por tal razón, la Corte consideró que el porcentaje del auxilio monetario por enfermedad no profesional no quebranta el principio de igualdad y el estatuto del trabajo, siempre y cuando su valor no sea inferior al salario mínimo legal. En consecuencia, la declaración de exequibilidad de las expresiones demandadas del artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo se condicionó a que se entienda que dicho auxilio monetario no podrá ser inferior al salario mínimo legal vigente."

La base de cotización para liquidar prestaciones económicas de trabajadores independientes, Conforme a lo establecido por el artículo 2º del Decreto 3085 de 2007, el trabajador independiente deberá modificar la declaración Anual de IBC siempre que se produzcan cambios en sus ingresos, para ello deberá modificar su declaración del Ingreso Base de Cotización, manualmente, en los formularios diseñados para el efecto, o de manera

electrónica utilizando una de las siguientes novedades: "*variación permanente de salario*", cuando el trabajador independiente conozca con certeza el valor del ingreso mensual que percibirá durante un período de tiempo, o "*variación temporal de salario*", cuando se desconozca el monto real del citado ingreso.

La variación temporal antes mencionada, sólo será efectiva por un período máximo de tres (3) meses, período dentro del cual no se podrá realizar otra novedad de variación temporal.

Las variaciones del IBC anual causarán efectos exclusivamente hacia el futuro y cuando se realicen en formularios físicos, sólo serán efectivas una vez sean reportadas a todos los subsistemas de la Protección Social, respecto de los que se hubieren realizado aportes en el período anterior.

Las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que exceda de dicho porcentaje, para efectos de la liquidación de prestaciones económicas.

2.2. Los tres primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general o accidente común.

De acuerdo con lo establecido por el párrafo 1° del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999, serán de cargo de los respectivos empleadores las prestaciones económicas correspondientes a los tres (3) primeros días de incapacidad laboral originada por enfermedad general o accidente común, **tanto en el sector público como en el privado**. En ningún caso dichas prestaciones serán asumidas por las Entidades Promotoras de Salud o demás entidades autorizadas para administrar el régimen contributivo en el SGSSS a las cuales se encuentren afiliados los incapacitados.

Tratándose de empleados oficiales, el párrafo del artículo 10 del Decreto 1848 de 1969, indica que si la incapacidad para trabajar no excediere de tres (3) días, conforme al dictamen médico correspondiente, el empleado solicitará el permiso remunerado a que se refiere el artículo 21 del decreto 2400 de 1968. Por lo anteriormente expuesto y teniendo en cuenta que la normatividad no ha limitado el monto de la incapacidad que por los primeros tres (3) días recibiría el trabajador oficial y por el contrario ha permitido el trámite de la misma como un permiso remunerado, se considera que la prestación económica derivada de una incapacidad igual o menor a tres (3) días y que de conformidad con las normas señaladas ha de ser asumida por el empleador, debe ser igual al monto de los salarios que le correspondería si hubiere laborado en dichos días, siempre y cuando se solicite como permiso remunerado, porque de lo contrario sólo se reconocerán las dos terceras (2/3) partes del salario.

Así las cosas y como el Régimen de Seguridad Social en Salud solo asume las incapacidades originadas por enfermedad general o accidente común, a partir del cuarto (4) día, **para los trabajadores particulares el monto del auxilio monetario originado de incapacidad igual o inferior a tres (3) días**, debe ser cancelado sobre las dos terceras partes (2/3) del salario, pues la normatividad a ellos aplicable, no permite el trámite de la incapacidad como un permiso remunerado, evento si predicable para los servidores públicos.

Respecto a los trabajadores independientes, el Régimen Contributivo sólo asumirá la incapacidad general o accidente común a partir del cuarto día, los 3 primeros no serán objeto de reconocimiento por parte de la EPS.

2.3. Acceso a las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad general o accidente común.

El artículo 15 del Decreto 047 de 2000 indica que para ingresar y ejercer los derechos dentro del régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud es condición el pago completo de la cotización mensual.

De otra parte, el artículo 9° del Decreto 783 de 2000, indica respecto al acceso a las prestaciones económicas derivadas de la enfermedad general o accidente común, lo siguiente:

Artículo 9°. El numeral 1 del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, quedará así:

"1. Incapacidad por enfermedad general. Para acceder a las prestaciones económicas generadas por incapacidad por enfermedad general, los trabajadores dependientes e independientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión."

En este orden de ideas, para que una EPS asuma el pago de una incapacidad por enfermedad general o accidente común, se requiere que se haya cotizado un mínimo de cuatro (4) semanas y que el pago de esa cotización haya sido ininterrumpida y completa.

Conforme al párrafo del numeral 1°, del artículo 3° del Decreto 047 de 2000, no habrá lugar a reconocimiento de prestaciones económicas por concepto de incapacidad por enfermedad general con cargo a los recursos del sistema general de seguridad social en salud, cuando éstas se originen en tratamientos con fines estéticos o sus complicaciones, los cuales se encuentran expresamente excluidos de los beneficios del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De otro lado, de acuerdo con lo definido por el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, para efectos del reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o accidente común, 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:

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 período de que 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.

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.

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 períodos 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.

5. 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.

Serán de cargo del Empleador el valor de las incapacidades por enfermedad general o accidente común 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 período que dure la incapacidad por enfermedad general o accidente común, 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 incapacidades por enfermedad general o accidente común o perderá este derecho en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de dichas licencias.

Como consecuencia de lo anterior, el empleador en el caso de trabajador dependiente solo tendrá derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o accidente común, si al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentra cumpliendo con todas las reglas contenidas en el citado artículo 21, cuya valoración corresponde a las Entidades Promotoras de Salud, quienes actúan por delegación del Fondo de Solidaridad de Garantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 205 y 207 de la Ley 100 de 1993. Sin olvidar que podrán perder este derecho, en caso de no mediar el pago oportuno de las cotizaciones que se causen durante el período en que esté disfrutando de la incapacidad por enfermedad general o accidente común, conforme a lo previsto por el inciso 3º del numeral 2 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999.

De esta manera, los nuevos afiliados al sistema, es decir para aquellos que no cuentan con antigüedad, el artículo 9 del Decreto 783 de 2000 que modifica el numeral 1º del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, indica que para acceder a las prestaciones económicas generadas por un incapacidad por enfermedad general o accidente común, los trabajadores dependientes deberán haber cotizado, un mínimo de cuatro (4) semanas en forma ininterrumpida y completa, sin perjuicio de las normas previstas para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme a las reglas de control a la evasión.

Mientras que, para aquellos afiliados que cuentan con antigüedad en el sistema, el inciso 1º del

artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, señala que los empleadores, tendrán derecho a solicitar el reembolso o pago de la incapacidad por enfermedad general o accidente común, si se han cancelado en forma completa sus cotizaciones como empleador durante el año anterior a la fecha de solicitud frente a todos sus trabajadores, estos pagos, deberán haberse efectuado en forma oportuna por lo menos durante 4 meses de los 6 meses anteriores a la fecha de causación del derecho.

De este modo y para el nuevo afiliado, se tiene que si durante el término de cuatro semanas a que hace referencia el artículo 9° del Decreto 783 de 2000 hubo mora en el pago de aportes, así sea de un sólo día, no será procedente el pago de la prestación económica derivada de la incapacidad por enfermedad general o accidente común, siendo necesario en consecuencia que el empleador en el caso del trabajador dependiente, asuma legalmente el pago de esta prestación.

Con respecto al afiliado antiguo, se determina que si el afiliado cotizó de manera ininterrumpida durante las cuatro semanas a que hace referencia el Decreto 783 de 2000, pero no cotizó de manera completa sus cotizaciones durante el año anterior a la fecha de solicitud y no se cancelaron de manera oportuna por lo menos durante cuatro meses de los seis anteriores a la causación del derecho, tal como lo señala el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, no tendría derecho al reconocimiento de la prestación económica derivada de la licencia por enfermedad general o accidente común, evento en el cual, el empleador en el caso del trabajador dependiente, tendrá que asumir el pago de esta prestación.

Teniendo en cuenta las disposiciones anteriores, es preciso determinar el alcance del concepto de oportunidad de que trata el numeral 1° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, cuando dispone que *"...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...."* En este sentido, el Diccionario de la Real Academia Española, define el término "oportuno" como: *"Del latín opportunus. Adj. Que se hace o sucede en tiempo a propósito y cuando conviene"*

De acuerdo con la definición anterior, la oportunidad en el Sistema está referida al pago de las cotizaciones dentro de los plazos establecidos, por las disposiciones normativas para trabajadores dependientes, independientes y pensionados.

En todo caso debe señalarse que si la mora en el pago del aporte radica en cabeza del empleador, este debe asumir el pago de la prestación económica que por su actitud negligente, no asume el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las EPS, tal como lo señala el parágrafo del artículo 8° del Decreto 806 de 1998, los incisos 2° y 3° del numeral 2° del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 y el numeral 1° del artículo 3° del Decreto 047 de 2000.

De esta forma respecto al trabajador dependiente, y conforme al artículo 38 del Decreto 1703 de 2002, que adiciona el artículo 57 del Decreto 1406 de 1999, relacionado con el proceso de autoliquidación de aportes, en los formularios de autoliquidación que incluyan cotizaciones en mora, no podrán deducirse valores por concepto de prestaciones económicas derivadas de enfermedad y accidente no profesional.

2.4. Trámite de la incapacidad con el Decreto 019 de 2012 / Responsabilidad del Empleador y EPS.

Con fundamento en los principios que rigen el ejercicio de la función administrativa, en especial los atinentes a la buena fe, celeridad, economía, eficiencia y eficacia, el Gobierno Nacional dispuso **la expedición del Decreto 019 de 2012** *“Por el cual dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”*

En cuanto a las prestaciones a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen contributivo, concretamente las relacionadas con el reconocimiento y pago de la incapacidad derivada por enfermedad de origen común, el gobierno nacional, con la expedición de la norma en mención, señaló que este tipo de trámites y diligencias deben ser asumidos de manera directa por los empleadores o empresarios y no por los trabajadores, quienes en virtud de su incapacidad, no están en las condiciones físicas y de sanidad adecuadas para conseguir de las EPS el reconocimiento de las prestaciones a que tienen derecho.

En virtud de lo anterior el **artículo 121 del Decreto 019 de 2012**, dispuso:

“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.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”. (Negrilla fuera de texto)
Así las cosas, con la entrada en vigencia del Decreto precitado, en **adelante serán los empleadores y no los trabajadores quienes tendrán que tramitar ante la respectiva EPS el reconocimiento y pago de las incapacidades**, licencias de maternidad y paternidad una vez el afiliado trabajador, le haga entrega del certificado original de la incapacidad o licencia al empleador, y este a su vez **diligencie y radique el formato de solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas ante la EPS.**

2.5. Prestación económica por enfermedad general que supere los 180 días de incapacidad.

2.5.1 Sector Privado.

Tal y como se ha venido reiterando, las normas que rigen el reconocimiento de la incapacidad derivada de enfermedad no profesional, se concretan en nuestra legislación a partir de lo expuesto en el Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, en concordancia con lo dispuesto en el **parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999**, en virtud del cual el reconocimiento y pago de las incapacidades del trabajador por enfermedad común, están a cargo de la **Empresa Promotora de Salud EPS** a partir del cuarto (4) día de incapacidad y hasta por 180 días, siendo esta la inicialmente obligada a asumir el pago de las incapacidades laborales generadas por enfermedad de origen común o no profesional, cuando el término de la incapacidad no exceda el periodo en mención.

2.5.2. Sector público.

La incapacidad generada por enfermedad común, estará a cargo de la EPS a partir del cuarto (4) día de incapacidad y hasta por 180 días, el caso de que la incapacidad generada por

enfermedad no profesional supere los ciento ochenta (180) días, no existe obligación legal para la EPS, de continuar con dicho reconocimiento.

Sin embargo, los artículos 1 al 4 del Decreto 819 de 1989, establecen:

"ARTICULO 1o. Cuando la incapacidad ocasionada por enfermedad Profesional o accidente de trabajo exceda de ciento ochenta (180) días, el auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado seguirá siendo reconocido en la misma cuantía por la entidad de previsión social, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados o se le cancela la correspondiente indemnización, si a ella hubiere lugar.

En caso de enfermedad no profesional, el empleado tendrá el mismo derecho señalado en el inciso anterior, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados de incapacidad, si ella no es suficiente para tener derecho a la pensión correspondiente.

ARTICULO 2o. Para los efectos del inciso 2o. del artículo anterior, el beneficiario deberá constituir una póliza a favor de la entidad de previsión social obligada a efectuar el pago, que garantice el reintegro de los valores pagados en caso de no tener derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, la garantía deberá ser constituida por una cuantía equivalente a tres (3) mesadas del auxilio económico que viene recibiendo el empleado y con una vigencia de ocho (8) meses.

ARTICULO 3o. Los derechos señalados en los artículos anteriores se aplicarán al empleado oficial incapacitado a sus beneficiarios, según el caso.

ARTICULO 4o. La diferencia que pueda llegar a existir entre el auxilio económico percibido con posterioridad a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad y la pensión de invalidez, o la indemnización, según el caso se pagará al pensionado o beneficiarios dentro de un término máximo de dos (2) meses, contados a partir de la fecha del acto administrativo que reconoce la pensión o la indemnización correspondiente."

Según lo contemplado por el artículo 1º del Decreto 819 de 1989, el auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado podía seguir siendo reconocido en la misma cuantía por la entidad de previsión social, hoy Entidad Promotora de Salud (EPS) a la cual se encuentre afiliado, hasta cuando fuera incluido en la nómina de pensionados de incapacidad, si ella no era suficiente para tener derecho a la pensión correspondiente. Es importante aclarar que la mencionada pensión de incapacidad, se entiende hoy derogada por las Leyes 100 de 1993, 797 y 860 de 2003, por lo que, en caso de enfermedad no profesional, el auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado seguiría siendo reconocido en la misma cuantía por la EPS hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados por invalidez o se le cancele la correspondiente indemnización, si a ella hubiere lugar, siempre que el beneficiario constituya la póliza a favor de la EPS, obligada a efectuar el pago, de que trata el artículo 2º de la norma en comento.

Cuando la incapacidad exceda de ciento ochenta (180) días, el inciso 2º del párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968 establece que, el empleado o trabajador será retirado del servicio, y tendrá derecho a las prestaciones económicas y asistenciales que este Decreto determina. No obstante, el retiro del empleado o trabajador por esta causa, no podrá efectuarse sino al vencimiento de dicho lapso, sin perjuicio de la obligación prevista en los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989.

Por lo que, al término de los ciento ochenta (180) días incapacidad temporal, el empleador tendrá que dar cumplimiento a las disposiciones establecidas por los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989, con la advertencia de que el incumplimiento previo de estas obligaciones, hará que el retiro del servicio del empleado o trabajador, se convierta en despido injustificado.

2.5.3 La incapacidad por enfermedad general o accidente común y la pensión de invalidez por riesgo común.

La incapacidad por enfermedad general o accidente común, no suspenderá el contrato de trabajo y por consiguiente, los términos de incapacidad no son descontables para efectos de la liquidación de prestaciones sociales, tanto para el **sector privado como para el sector público**. De esta manera, mientras el trabajador permanezca incapacitado y no sea terminada la relación laboral, el tiempo de su incapacidad será tenido en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales, es decir, que durante este tiempo, no percibirá salario sino el pago de la mencionada prestación, y tendrá derecho al reconocimiento pleno de las prestaciones sociales de Ley que se derivan de su vínculo laboral hasta que este termine, ya que el vínculo laboral continuará vigente y no se suspenderá o culminará por el simple evento de la incapacidad.

De otra parte, en materia de prestaciones a que haya lugar por invalidez, el Sistema General de Pensiones garantiza el reconocimiento y pago de las pensiones invalidez por riesgo común tanto en el régimen de Prima Media con Prestación Definida que administra el ISS, como en el de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por los fondos privados de pensiones. De esta manera, la administradora de pensiones a la cual se encuentre afiliada la persona reconocerá la pensión de invalidez, siempre que se acredite el cumplimiento de los requisitos señalados en los artículos 69 y siguientes de la ley 100 de 1993. El referido artículo 69 indica que el estado de invalidez, los requisitos para obtener la pensión de invalidez, el monto y el sistema de calificación en el régimen de ahorro individual, se regirá por las disposiciones contenidas en los artículos 38, 39, 40 y 41 de la Ley 100 de 1993.

Ahora bien, de acuerdo con el **Artículo 142 del Decreto 019 de 2012**, que modificó el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, el cual quedará así:

Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 52 de la Ley 962 de 2005, quedará así:

"Artículo 41. Calificación del Estado de Invalidez. El estado de invalidez será determinado de conformidad con lo dispuesto en los artículos siguientes y con base en el manual único para la calificación de invalidez vigente a la fecha de calificación. Este manual será expedido por el Gobierno Nacional y deberá contemplar los criterios técnicos de evaluación para calificar la imposibilidad que tenga el afectado para desempeñar su trabajo por pérdida de su capacidad laboral.

Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del

orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales.

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional.

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones -Colpensiones-, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad.

Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.

Se considera inválida la persona que por cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral, en los términos del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, y los requisitos para obtener la pensión de invalidez, son señalados en el artículo 39 de la Ley 100 de 1993 modificado por el 1º de la Ley 860 de 2003.

Así las cosas, para acceder a la pensión de invalidez se requiere que la pérdida de la capacidad laboral sea como mínimo del 50%, y además si la invalidez es causada por enfermedad, demostrar haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos tres años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, debiendo acreditar cotizaciones de por lo menos el 20% del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió 20 años de edad y la fecha de la primera calificación del estado de invalidez.

El monto mensual de la pensión de invalidez, se establecerá conforme a lo dispuesto por el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado, según lo establecido por el inciso 4º del mencionado artículo 40.

La pensión de invalidez, se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse,

en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado, según lo establecido por el inciso 4º del artículo 40 de la Ley 100 de 1993.

El organismo encargado de calificar la pérdida de capacidad de un trabajador es la junta regional de calificación de invalidez, a donde puede acudir directamente o a través de las distintas administradoras de pensiones conforme al procedimiento establecido en el artículo 22 del Decreto 2463 de 2001, ya que corresponde a éstas, la calificación y expedición del dictamen sobre el estado de la invalidez, de conformidad con lo definido por el artículo 6º del Decreto 917 de 1999. Las Juntas de Calificación de la Invalidez deben emitir el dictamen de la Invalidez el cual, en todos los casos, reflejará exactamente el contenido del acta correspondiente a cada caso revisado por la misma y será el resultado de la deliberación de los miembros encargados de calificar. De igual modo, corresponde a la respectiva Junta notificar el dictamen al afiliado, quien puede aceptarlo o apelarlo ante las instancias competentes.

El Manual Único para la Calificación de la Invalidez vigente, se encuentra hoy contenido en el Decreto 917 de 1999, el que en su artículo 3º define que la fecha de estructuración o declaratoria de la pérdida de la capacidad laboral, será la fecha en que se genera en el individuo una pérdida en su capacidad laboral en forma permanente y definitiva. Esta fecha, para cualquier contingencia, deberá documentarse con la historia clínica, los exámenes clínicos y de ayuda diagnóstica, y podrá ser anterior o corresponder a la fecha de calificación.

En todo caso, y conforme al artículo en comento, mientras la persona reciba subsidio por incapacidad temporal, no habrá lugar a percibir las prestaciones derivadas de la invalidez, ya que se entiende prohibido pagar a un afiliado al sistema, simultáneamente, incapacidad por enfermedad general, incapacidad por enfermedad profesional y pensión de invalidez absoluta o por gran invalidez.

2.5.4 Responsabilidad de una EPS en el reconocimiento de la prestación económica por enfermedad general o accidente común.

La responsabilidad que tiene una EPS de reconocer el pago de una incapacidad, por enfermedad general, de origen común, esto es no profesional va hasta el día ciento ochenta (180) de la misma.

De conformidad con el artículo 142 del Decreto 019 de 2012, corresponde al Instituto de Seguros Sociales, Administradora Colombiana de Pensiones -COLPENSIONES-, a las Administradoras de Riesgos Profesionales - ARP-, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte, y a las Entidades Promotoras de Salud EPS, determinar en una primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de estas contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación deberá manifestar su inconformidad dentro de los diez (10) días siguientes y la entidad deberá remitirlo a las Juntas Regionales de Calificación de Invalidez del orden regional dentro de los cinco (5) días siguientes, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, la cual decidirá en un término de cinco (5) días. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales. (Inciso 2 artículo 142 Decreto 019 de 2012)

El acto que declara la invalidez que expida cualquiera de las anteriores entidades, deberá contener expresamente los fundamentos de hecho y de derecho que dieron origen a esta decisión, así como la forma y oportunidad en que el interesado puede solicitar la calificación

por parte de la Junta Regional y la facultad de recurrir esta calificación ante la Junta Nacional. (Inciso 3 artículo 142 Decreto 019 de 2012)

Cuando la incapacidad declarada por una de las entidades antes mencionadas (ISS, Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones -, ARP, aseguradora o entidad promotora de salud) sea inferior en no menos del diez por ciento (10%) a los límites que califican el estado de invalidez, tendrá que acudir en forma obligatoria a la Junta Regional de Calificación de Invalidez por cuenta de la respectiva entidad. (Inciso 4 artículo 142 Decreto 019 de 2012)

Ahora bien, para saber qué pasa con la incapacidad que supera los ciento ochenta (180) días, debe señalarse que **el artículo 142 del Decreto 019 de 2012**, establece que para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. (Inciso 5, artículo 142, Decreto 019 de 2012.)

Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación**, si a ello hubiere lugar, **deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto.** (Inciso (6) artículo 142, Decreto 019 de 2012.)

Expuesto lo anterior, el reconocimiento de subsidio a que hace alusión el quinto inciso del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, está supeditado a que se presenten tres (3) situaciones a saber:

1. La Existencia de un concepto favorable de rehabilitación.
2. La autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia.
3. La postergación del trámite de calificación ante las juntas de calificación de invalidez.

De esta forma y frente al caso de superarse los 180 días, se tiene que en un proceso de incapacidad, el cual efectivamente ha sobrepasado los primeros 180 días, si no se presenta un acto o decisión que haya postergado el trámite de calificación de invalidez ante la junta, esta situación a todas luces le impediría a la administradora de fondos de pensiones el reconocer el subsidio a que hace alusión el quinto inciso del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

Así las cosas y expuesto lo anterior, se tiene que la EPS no está facultada para reconocer una incapacidad superior a ciento ochenta (180) días, por tal razón, no se considera viable que se remita a un trabajador dependiente por parte del empleador a la EPS o que el propio

trabajador independiente requiriera a la EPS, para que esta continúe asumiendo una incapacidad cuando legalmente no está obligada a ello, salvo que la misma, cuando haya lugar a ello, no expida y envíe el concepto favorable de rehabilitación, evento en el cual, de conformidad con lo expuesto, deberá pagar con cargo a sus propios recursos un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales hasta cuando emita el correspondiente concepto.

En cuanto a la Administradora de Fondos de Pensiones, esta solamente estará obligada a reconocer el subsidio previsto en el quinto inciso del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, sólo en la medida en que se acrediten las condiciones que para ello exige dicha disposición y las demás contenidas en el Decreto 019 de 2012

Conforme con el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, la solicitud de calificación de pérdida de capacidad laboral sólo podrá tramitarse cuando las entidades del sistema de seguridad social integral, el Fondo de Solidaridad y Garantía, los regímenes de excepción o el empleador, según sea el caso, hayan adelantado el tratamiento y rehabilitación integral o se compruebe la imposibilidad para su realización.

Cuando se requiera la calificación de pérdida de la capacidad laboral para acceder a los beneficios otorgados por las cajas de compensación familiar, entidades promotoras de salud, administradoras del régimen subsidiado o para acceder al subsidio del Fondo de Solidaridad Pensional y a los beneficios a que se refiere la Ley 361 de 1997, no será necesaria la terminación previa de los procesos de tratamiento y rehabilitación para la formulación de la solicitud ante las juntas de calificación de invalidez. (Inciso 2 artículo 23 Decreto 2463 de 2001)

Cuando el trabajador no se encuentre afiliado a una entidad promotora de salud o se encuentre desvinculado laboralmente, el concepto de rehabilitación lo otorgará la administradora de fondos de pensiones o administradora de riesgos profesionales que tenga a cargo el trámite de calificación correspondiente. En dichos casos, cuando se trate de una contingencia de origen profesional, el tratamiento y la rehabilitación integral estará a cargo de la administradora de riesgos profesionales, con personal especializado propio o contratado para tales fines. (Inciso 6 artículo 23 Decreto 2463 de 2001)

Cuando la junta de calificación de invalidez encuentre incompleto el proceso de tratamiento y rehabilitación, existiendo una administradora de riesgos profesionales o empresa promotora de salud obligada a continuar dicho tratamiento, se abstendrá de calificar y devolverá el caso a la entidad respectiva. (Inciso 7 artículo 23 Decreto 2463 de 2001)

De conformidad con lo señalado en la ley, la administradora del sistema de seguridad social integral o la entidad de previsión social correspondiente que incumpla con el pago de los subsidios por incapacidad temporal, será sancionada por la autoridad competente. (Inciso 8 artículo 23 Decreto 2463 de 2001)

En lo referente a la obligación que tenga el empleador de continuar pagando el salario del trabajador dependiente, debe señalarse que en la medida en que ese trabajador continúe incapacitado y la EPS y la Administradora de Fondos de Pensiones no asuman el pago de la incapacidad por las razones ya indicadas, el empleador asumirá el pago de la incapacidad de su trabajador, en un monto equivalente a la mitad del salario según lo establecido en el artículo 227 del CST y el literal a) del artículo 9 del Decreto 1848 de 1969, incapacidad que se pagaría en tanto el trabajador siga vinculado con su entidad empleadora.

2.5.5 Incapacidad por enfermedad general que supere los 180 días

En el evento en que el trabajador incapacitado por enfermedad general supere los 180 días de incapacidad por enfermedad general que reconoce el SGSS a través de las EPS, al término de los 180 de incapacidad temporal, el empleador deberá proceder a reinstalar al trabajador en el cargo que desempeñaba si recupera su capacidad de trabajo, y si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo, de la misma forma deberá proporcionar al trabajador un trabajo compatible con sus actitudes, para lo cual deberá efectuar los movimientos de personal que sean necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación o trasladándolo a un cargo que tenga la misma remuneración, siempre y cuando la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad.

En el caso en que el trabajador no recupere su capacidad de trabajo y los dictámenes médicos determinan que el trabajador no puede continuar desempeñando el trabajo, y a que aun así, el empleador proporcione al trabajador un trabajo compatible con sus actitudes efectuando los movimientos de personal necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación la incapacidad impida el cumplimiento de sus nuevas funciones e impliquen un riesgo para su integridad, el empleador:

(i) Podrá dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa conforme a lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, y el artículo 4° del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario número 2351 de 1965 en el sector privado.

(ii) Podrá retirar del servicio al empleado o trabajador conforme a lo dispuesto en el inciso 2° del párrafo del artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968, en el sector público.

El auxilio económico que venía percibiendo el incapacitado podrá seguir siendo reconocido en la misma cuantía por la EPS a la cual se encuentre afiliado, hasta cuando sea incluido en la nómina de pensionados por invalidez o se le cancele la correspondiente indemnización, si a ella hubiere lugar, siempre que el empleado o trabajador constituya una póliza de garantía a favor de la EPS obligada a efectuar el pago, constituida por una cuantía equivalente a tres (3) mesadas del auxilio económico que viene recibiendo el empleado o trabajador y con una vigencia de ocho (8) meses, que garantice el reintegro de los valores pagados en caso de no tener derecho al reconocimiento de la respectiva pensión, en el evento de no cumplirse con dicho requisito no existirá obligación legal para la EPS, de continuar con dicho reconocimiento. (Decreto 819 de 1989, artículos 1°, 2°, 3° y 4°)

De otra parte, en el evento en que superados los 180 días de incapacidad que reconoce el SGSS a través de las EPS:

(i) El empleador del sector privado a pesar de lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el numeral 15 del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, y el artículo 4° del Decreto 1373 de 1966, reglamentario del Decreto Extraordinario número 2351 de 1965, no retire del servicio al trabajador, previo el cumplimiento de las obligaciones definidas en el numeral 1° del artículo 16 del Decreto 2351 de 1965 y la aplicación de las disposiciones establecidas por los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989,

(ii) El empleador del sector público a pesar de lo dispuesto en el inciso 2° del párrafo del

artículo 18 del Decreto Ley 3135 de 1968, no retire del servicio al empleado o trabajador, previo el cumplimiento de las obligaciones definidas en los artículos 16 y 17 del Decreto 2177 de 1989.

La EPS, no tendrá obligación legal de continuar con dicho reconocimiento. En este caso, es necesario tener en cuenta que la incapacidad por enfermedad, no suspenderá el contrato de trabajo, queriendo esto decir que durante este tiempo, el trabajador tendrá derecho al reconocimiento pleno de las prestaciones sociales de Ley, a la continuidad en su afiliación a salud y pensiones, y demás erogaciones que se deriven de su vínculo laboral mientras este no sede por terminado.

En esta situación, el empleador será responsable del incapacitado, hasta tanto le sea calificada su pérdida de capacidad laboral, para el reconocimiento y pago de la prestación económica de invalidez por enfermedad general por parte de la Administradora de Pensiones a la cual se encuentre afiliado.

Si la calificación de pérdida de capacidad laboral es parcial, o el trabajador no cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad general, no habrá lugar al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez por parte de la entidad administradora de pensiones, y dará lugar a que el empleador proceda a reinstalar al trabajador en el cargo que desempeñaba, si recupera su capacidad de trabajo y si los dictámenes médicos determinan que el trabajador puede continuar desempeñando el trabajo, proporcionándole un trabajo compatible con sus actitudes, efectuando los movimientos de personal necesarios, asignándole funciones acordes con el tipo de limitación o trasladándolo a un cargo que tenga la misma remuneración, siempre que la incapacidad no impida el cumplimiento de las nuevas funciones ni impliquen riesgo para su integridad, o a terminar unilateralmente el contrato de trabajo por justa causa en el evento contrario.

Mientras que, si la calificación de la pérdida de capacidad laboral da lugar al reconocimiento de las prestaciones por invalidez, y el trabajador cumple los requisitos para acceder a la pensión de invalidez por enfermedad general, reconocida la pensión de invalidez por riesgo común, al trabajador incapacitado, la Entidad Administradora de Pensiones, deberá efectuar el pago de la prestación de invalidez en forma retroactiva al beneficiario de esta, desde la fecha en que se produzca tal estado, esto es, desde la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral en forma permanente y definitiva, la cual podrá ser anterior o corresponder a la fecha de calificación. El pago en comento, deberá realizarse teniendo en cuenta que en el Sistema Integral de Seguridad Social no podrá pagarse simultáneamente incapacidad por enfermedad general y pensión de invalidez absoluta o por gran invalidez, por lo que, si la fecha en que se produce el estado de invalidez coincide con el período de incapacidad por enfermedad general, que reconoce el SGSSS a través de las EPS, el pago de la pensión de invalidez comenzará a realizarse al vencimiento de dicha incapacidad. En este caso, si el empleador continuó con el reconocimiento monetario de la incapacidad temporal, desde el punto de vista legal no se configura obligación para la Entidad Administradora de Pensiones, de rembolsar al empleador las sumas pagadas por dicho concepto, no obstante en este caso, el empleador podrá exigir el reembolso de estos pagos al pensionado por invalidez, toda vez que el pago del reconocimiento monetario por incapacidad temporal, esto es, el subsidio por incapacidad temporal, es incompatible con el pago de la prestación derivada de la invalidez a cargo de las Entidades Administradoras de Pensiones.

2.5.6. La protección laboral reforzada del trabajador aún cuando no se ha calificado el grado de invalidez, pero sí ha sufrido una disminución en su estado de salud.

Sin Perjuicio de lo definido en el numeral anterior, la jurisprudencia de la Corte constitucional,

ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados, sino a aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones hoy sustentada por el artículo 137 del Decreto 019 de 2012. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección. Para justificar tal actuación no cabe invocar argumentos legales que soporten la desvinculación como la posibilidad legal de despido sin justa causa. El empleador tiene el deber de reubicar a los trabajadores que durante el transcurso del contrato de trabajo sufren disminuciones de su capacidad física, tal y como lo establece la Sentencia T-003 del 14 de enero de 2010 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, en el numeral 3.2.2.

No obstante, el artículo 137 del Decreto 019 de 2012 establece que quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisitos establecidos en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.

La normatividad vigente sobre este tema, se encamina a una real protección de las personas con limitaciones, para que éstas conserven su trabajo y tengan una vida digna en igualdad de condiciones que las demás personas, y en aras de la adecuada reintegración social. Ahora bien, el asunto es ¿qué personas deben estar amparadas por estas disposiciones? En principio, se podría considerar que la estabilidad laboral reforzada sólo se aplica a quienes tengan algún grado de discapacidad. Sin embargo, la Corte en forma reiterada ha ampliado el concepto de discapacidad.

La Corte así lo reiteró en la Sentencia T-1040 del 27 de septiembre de 2001.. La providencia precisó:

“El alcance del derecho a ser reubicado por condiciones de salud tiene alcances diferentes dependiendo del ámbito en el cual opera el derecho. Para tales efectos resultan determinantes al menos tres aspectos que se relacionan entre sí: 1) el tipo de función que desempeña el trabajador, 2) la naturaleza jurídica y 3) la capacidad del empleador. Si la reubicación desborda la capacidad del empleador, o si impide o dificulta excesivamente el desarrollo de su actividad o la prestación del servicio a su cargo, el derecho a ser reubicado debe ceder ante el interés legítimo del empleador. Sin embargo, éste tiene la obligación de poner tal hecho en conocimiento del trabajador, dándole además la oportunidad de proponer soluciones razonables a la situación.

En algunos casos, el derecho a la reubicación en un cargo compatible con las condiciones de salud del trabajador no se limita al simple cambio de funciones. Para garantizar el ejercicio real de este derecho, la reubicación debe estar acompañada de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor. Así, el artículo 54 de la constitución se refiere específicamente a las obligaciones que le competen al Estado y a los empleadores en lo que se refiere a la habilitación profesional y técnica y a la obligación de garantizar a los disminuidos físicos el derecho al trabajo de acuerdo con sus condiciones de salud. Por supuesto, una persona que ha sido reubicada de su puesto normal de trabajo como consecuencia de una disminución física requiere capacitación para desempeñar sus nuevas funciones. De tal modo que, en este caso, la demandante requería ser capacitada para su nueva labor.”

Pero en la misma Sentencia, esta Corporación sentó su posición frente al tema de la calificación de la discapacidad. En ella se dijo, que aquellos trabajadores que sufren una disminución en su estado de salud durante el transcurso del contrato laboral, deben considerarse como personas que se encuentran en situación de debilidad manifiesta. Razón por la cual, frente a ellas también procede la llamada estabilidad laboral reforzada, por la aplicación directa e inmediata de la Constitución.

El fallo referido señaló:

“Estos sujetos de protección especial a los que se refiere el artículo 13 de la Constitución, que por su condición física estén en situación de debilidad manifiesta, no son sólo los discapacitados calificados como tales conforme a las normas legales. Tal categoría se extiende a todas aquellas personas que, por condiciones físicas de diversa índole, o por la concurrencia de condiciones físicas, mentales y/o económicas, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta. Así mismo, el alcance y los mecanismos legales de protección pueden ser diferentes a los que se brindan a través de la aplicación inmediata de la Constitución.

La protección legal opera por el sólo hecho de encontrarse la persona dentro de la categoría protegida, consagrando las medidas de defensa previstas en la ley. Por su parte, el amparo constitucional de las personas en circunstancia de debilidad manifiesta permite al juez de tutela identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia de tal circunstancia y le da un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o restablecerlo cuando hubiera sido vulnerado.

En materia laboral, la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de discapacitados.”

De otra parte, en la Sentencia T-351 del 5 de mayo de 2003, la Corte enumeró las principales diferencias entre los trabajadores calificados como discapacitados, y aquellos que padecen un deterioro en su estado de salud, de la siguiente manera:

“En la actualidad el ordenamiento jurídico colombiano distingue entre trabajadores discapacitados calificados como tales por las normas legales, frente a los trabajadores que sufren una disminución en su condición física durante la ejecución del contrato de trabajo, quienes a partir de lo dispuesto en el artículo 13 Superior, exigen una protección especial por parte del Estado dada su situación de debilidad manifiesta.

El alcance y los mecanismos legales de protección - en cada caso - son distintos, en primer lugar, porque la Ley 361 de 1997, en su artículo 26, consagra un sistema de estabilidad laboral reforzada y, en segundo término, porque la protección de los trabajadores en situación de debilidad manifiesta se deriva de la aplicación inmediata de la Constitución junto con algunas normas de rango legal que constituyen el denominado sistema normativo integrado.

Por ello, en tratándose de trabajadores puestos en circunstancias de debilidad manifiesta, el juez de tutela puede, al momento de conferir el amparo constitucional, identificar y ponderar un conjunto más o menos amplio y variado de elementos fácticos para deducir la ocurrencia

de tal circunstancia y, a su vez, goza de un amplio margen de decisión para proteger el derecho fundamental amenazado o vulnerado. Esto significa, en otras palabras, que la protección laboral de los trabajadores que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta no depende de una calificación previa que acredite su condición de discapacitados, sino de la prueba de las condiciones de salud que impidan o dificulten el desempeño regular de sus labores.

Con todo, el alcance constitucional de la protección especial depende de la exigibilidad de la carga impuesta al empleador. De suerte que, como regla general, le corresponde al empleador reubicar a los trabajadores en estado digno y acorde con sus condiciones de salud, en atención al carácter vinculante del principio constitucional de solidaridad. Sin embargo, "el empleador puede eximirse de dicha obligación si demuestra que existe un principio de razón suficiente de índole constitucional que lo exonera de cumplirla. Por último, a juicio de esta Corporación, el derecho a la reubicación no se limita al simple cambio de funciones. La salvaguarda de este derecho exige: (i) La proporcionalidad entre las labores y los cargos previamente desempeñados y los nuevos asignados; y (ii) El acompañamiento de la capacitación necesaria para que el trabajador se desempeñe adecuadamente en su nueva labor"

Las anteriores disposiciones se vienen aplicando en diversas circunstancias. Por ello, la Corte Constitucional ha protegido a los trabajadores que en el desarrollo de sus funciones sufren accidentes o enfermedades que disminuyen su capacidad laboral. La jurisprudencia ha concluido que el empleador se encuentra en la obligación de reubicar a estos trabajadores y "cuando el patrono conoce del estado de salud de su empleado y estando en la posibilidad de reubicarlo en un nuevo puesto de trabajo, no lo hace, y por el contrario, lo despide sin justa causa, "implica la presunción de que el despido se efectuó como consecuencia de dicho estado, abusando de una facultad legal para legitimar su conducta omisiva."

La Corte Constitucional ha manifestado, que la desvinculación configura una discriminación cuando el motivo fue en realidad el estado de salud del accionante, razón por la cual, no puede justificar un empleador, tal actuación, argumentando que la normatividad permiten terminar la relación sin justa causa, conforme a lo establecido por la Sentencia T-003 del 14 de Enero de 2010 de la Corte Constitucional, Magistrado Ponente: Dr. Jorge Ignacio PreteltChaljub, en el numeral 3.2.2.

No obstante lo anterior, el artículo **131 del Decreto Ley 019 de 2012** que modificó el **artículo 26 de la ley 361 de 1997** definió:

"ARTICULO 137. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El artículo [26](#) de la Ley 361 de 1997, quedará así:

Artículo 26. No discriminación a persona en situación de discapacidad. En ningún caso la limitación de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha limitación sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

Sin perjuicio de lo establecido en el inciso anterior, no se requerirá de autorización por parte del Ministerio del Trabajo cuando el trabajador limitado incurra en alguna de las causales establecidas en la ley como justas causas para dar por terminado el contrato, Siempre se garantizará el derecho al debido proceso.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su limitación, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso primero del presente artículo, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta (180) días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren". (Negrilla y subrayado fuera de texto)

3. Prescripción de las incapacidades

En el caso de Incapacidad por Accidente de Trabajo o Enfermedad Profesional, en materia de prescripción, debe señalarse que el artículo 18 de la ley 776 de 2002, indica que las prestaciones económicas prescriben en un (1) año, que se cuenta desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo.

No obstante lo anterior, se tiene que las prestaciones económicas derivadas de la Enfermedad General, tienen su origen en la ley del Sistema General de Seguridad Social Integral (Ley 100 de 1993) y en el propio Código Sustantivo del Trabajo, por tal razón, esta oficina considera que la acción judicial para reclamar dichas prestaciones está sujeta a la prescripción general que dicha norma establece es decir tres (3) años.

Aunado a lo anterior, el artículo 28 de la Ley 1438 de 2011 determina que el derecho de los empleadores de solicitar a las Entidades Promotoras de Salud el reembolso del valor de las prestaciones económicas prescribe en el término de tres (3) años contados a partir de la fecha en que el empleador hizo el pago correspondiente al trabajador.

2. DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

La licencia de maternidad tiene por objeto brindarle a la madre el descanso necesario para poder reponerse del parto y prodigarle al recién nacido las atenciones que requiere. El descanso se acompaña del pago del salario de la mujer gestante, a fin de que ella pueda dedicarse a la atención de la criatura. Por lo tanto, el pago del dinero correspondiente al auxilio de maternidad es de vital importancia tanto para el desarrollo del niño como para la recuperación de la madre. La Constitución Política de 1991 estableció una protección especial a las mujeres en estado de embarazo, la cual se extiende desde el período de gestación hasta después del parto y que dicha protección se otorga tanto a ella como a su hijo desde el momento mismo de la concepción. (Sentencia T-568 de 1996 y T-104 de 1999 de la Corte Constitucional).

Las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, cuyo objeto es permitir la manutención de la madre y el hijo recién nacido (Convenios N° 3 y 103, relativos al empleo de las mujeres antes y después del parto y de protección a la maternidad), durante el período en que aquella logra restablecerse y puede retornar a sus labores sin poner en peligro su salud, como el permitirle estar con el recién nacido durante las primeras semanas de su existencia y satisfacer las necesidades de éste, no puede ser catalogado con un simple derecho de carácter legal que no requiera de una rápida y pronta satisfacción.

Su objeto es la manutención de la madre y del recién nacido durante el período que ella necesita para restablecerse antes de volver a sus labores, para no poner en peligro su salud ni la del niño. Identificada su importancia, la verificación del reconocimiento y pago de esta prestación requiere de una protección eficaz por parte del Estado, por lo que se concluye que

el derecho al reconocimiento y pago inmediato de la licencia de maternidad no puede considerarse como un derecho de carácter legal, por el contrario, debe considerarse como un derecho de carácter fundamental, de orden prevalente, cuando se amenaza el mínimo vital y móvil de la madre y el niño. (Sentencia T-210 de 1999 de la Corte Constitucional).

La licencia, que se constituye en el salario de la mujer que dio a luz durante el tiempo en que la trabajadora permanece retirada de sus labores, es el único medio de subsistencia en condiciones dignas tanto para la mujer como para su familia, y se constituye en la protección de la mujer trabajadora embarazada en circunstancias de debilidad económica manifiesta" (Sentencia T-270 de 1997 y 210 de 1999 de la Corte Constitucional).

La licencia de maternidad, dentro de este contexto, es un derecho mínimo que tiene la mujer y que el Estado está obligado a reconocer y proteger (artículo 53 de la Constitución). Por tanto, para su reconocimiento, no se pueden establecer requisitos que la hagan nugatoria (Sentencia T-139 de 1999 de la Corte Constitucional).

Se afecta la dignidad de la mujer cuando se obstruye, sin justificación constitucional, el reconocimiento de un derecho relacionado con la maternidad (Sentencia T-365 y T- 458 de 1999 de la Corte Constitucional). La protección a la maternidad impide, también, la discriminación de la mujer en razón de su sexo. En la sentencia C-470 de 1997 y T 458 de 1999 de la Corte Constitucional, se dijo: "la protección a la mujer embarazada tiene otro fundamento constitucional, a saber, la búsqueda de la igualdad real y efectiva entre los sexos y la protección de la maternidad, la vida, la familia y el cuidado de los niños (CP arts. 5o., 13, 42, 43 y 44)".

En cuanto al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), el artículo 207 de la Ley 100 de 1993 establece que este régimen, reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA), de la subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las Unidades de Pago por Capitación – UPC.

Las disposiciones legales vigentes referentes a las prestaciones por licencia de maternidad son las contempladas por el artículo 236 y ss del Código Sustantivo del Trabajo y por los artículos 33 y 34 de la Ley 50 de 1990, entre otros, la Ley 100 de 1993, sus Decretos Reglamentarios, los Acuerdos del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, las determinaciones que adopte el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud y demás normas que los adicionen, modifiquen o complementen.

Conforme al artículo 33 de la Ley 50 de 1990 que adicionó al Capítulo V del Título VIII la PROTECCIÓN A LA MATERNIDAD Y PROTECCIÓN DE MENORES del Código Sustantivo del Trabajo, la Maternidad gozará de la protección especial del Estado.

Ahora bien, el Artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedó así:

"1. 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.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo, como en el caso de trabajo a destajo o por tarea,

se toma en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicios, o en todo el tiempo si fuere menor.

3. Para los efectos de la licencia de que trata este artículo, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

a) El estado de embarazo de la trabajadora;

b) La indicación del día probable del parto, y

c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en el presente capítulo para la madre biológica se hacen extensivas, en los mismos términos y en cuanto fuere procedente, para la madre asimilando la fecha del parto a la entrega oficial del menor que de adopta. La licencia se extiende al padre adoptante sin cónyuge o compañera permanente.

Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las 14 semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con Parto Múltiple, se tendrá en cuenta lo establecido en el inciso anterior sobre niños prematuros, ampliando la licencia en dos (2) semanas más.

6. En caso de fallecimiento de la madre antes de terminar la licencia por maternidad, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

7. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho, de la siguiente manera:
a) Licencia de maternidad Preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el postparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

Parágrafo 1º. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

(...)

Parágrafo 2°. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce.

Parágrafo 3°. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad."
La Licencia de Maternidad es el reconocimiento de tipo económico que hace el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a la progenitora del recién nacido, a la madre adoptante del menor o al padre adoptante cuando éste carezca de cónyuge o compañera permanente, siempre que sean cotizantes no pensionados, conforme a lo establecido en el numeral 4 del artículo 1 de la ley 1468 de 2011.

Teniendo en cuenta que para la licencia de maternidad conforme a lo establecido en el numeral 3 del artículo 1 de la ley 1468 de 2011 la trabajadora deberá presentar al empleador un certificado médico en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Así las cosas, se tiene que la licencia de maternidad en principio, comenzará a otorgarse a partir del día que haya señalado para el efecto la trabajadora quien tomará las 14 semanas de licencia de la siguiente manera según el numeral 7 del artículo 1 de la ley 1468 de 2011:

"a) Licencia de maternidad preparto. Esta será de dos (2) semanas con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre no puede optar por estas dos (2) semanas previas, podrá disfrutar las catorce (14) semanas en el posparto inmediato.

Así mismo, la futura madre podrá trasladar una de las dos (2) semanas de licencia previa para disfrutarla con posterioridad al parto, en este caso gozaría de trece (13) semanas posparto y una semana preparto.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración de 12 semanas contadas desde la fecha del parto, o de trece semanas por decisión de la madre de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 2o. De las catorce (14) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce". (subrayado fuera de texto)

PARÁGRAFO 3o. Para efecto de la aplicación del numeral 5 del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad.

Para efectos de determinar los factores de salario para liquidar las prestaciones económicas de los afiliados al Régimen Contributivo, deberá tenerse en cuenta, la base de cotización al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) de éstos.

Conforme a lo establecido por el artículo 10 de la Ley 1122 de 1007 y al inciso 1° del artículo 65 del Decreto 806 de 1998, la cotización obligatoria que se aplica a los trabajadores afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del Régimen Contributivo, en ningún caso podrán ser inferiores al equivalente al 12,5% de un salario mínimo legal mensual vigente, mientras que, la base de cotización del sistema general de seguridad social en salud será como máximo de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite máximo establecido para el sistema general de pensiones, que le es aplicable al sistema de seguridad social en salud en cumplimiento de lo descrito por el inciso 4° del artículo 5° de la Ley 797 de 2003 y el artículo 3° del Decreto 510 de 2003.

De acuerdo con lo establecido por el párrafo 1° del artículo 204 de la Ley 100 de 1993, la base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el sistema general de pensiones.

En cuanto al salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 establece que estará constituido por los siguientes factores:

- a. La asignación básica mensual*
- b. Los gastos de representación*
- c. La prima técnica, cuando sea factor de salario*
- d. Las primas de antigüedad, ascensional y de capacitación cuando sea factor de salario*
- e. La remuneración por trabajo dominical o festivo*
- f. La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna*
- g. La bonificación por servicios prestados.*

De esta manera, los factores de salario para liquidar las prestaciones económicas del empleado oficial en el Régimen Contributivo en el SGSSS, serán los contemplados por el artículo 1° del Decreto 1158 de 1994 para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo. Por lo que, el pago del subsidio en dinero por incapacidad del empleado oficial comprobada para trabajar, desempeñar sus labores, motivada por enfermedad no profesional, se liquidará y pagará con base en el salario por él devengado al momento de la incapacidad, teniendo en cuenta los factores de salario utilizados para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos.

De acuerdo con lo definido por el inciso 2° del artículo 65 del Decreto 806 de 1998, para los trabajadores del sector privado vinculados mediante contrato de trabajo, la cotización se calculará con base en el salario mensual que aquellos devenguen. Para estos efectos, constituye salario no sólo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte y aquellos pagos respecto de los cuales empleadores y trabajadores hayan convenido expresamente que constituyen salario, de conformidad con lo establecido en los artículos 127, 129 y 130 del Código Sustantivo de Trabajo. No se incluye en esta base de cotización lo correspondiente a subsidio de transporte.

Por lo que, el salario base que se debe tener en cuenta para liquidar las prestaciones en dinero provenientes de los accidentes comunes y enfermedades no profesionales, de maternidad y

de paternidad, en el sector privado, es el salario ordinario devengado por el trabajador en la época coetánea a la enfermedad o al infortunio de accidente común, a la licencia de maternidad, a la licencia de paternidad, en el sentido que fija el artículo 127, 129 y 130 del Código Sustantivo del Trabajo CST o el que a esa fecha resulte como valor promedio del devengado en el último año de servicios o durante todo el tiempo de trabajo si este fuere menor.

En caso de que el trabajador dependiente no devengue salario fijo, sino salario variable, de que tratan los artículos 176, 132 y 141 del CST, para pagar el auxilio por enfermedad no profesional o accidente común, la licencia de maternidad o la licencia de paternidad, se tendrá como base el promedio de lo devengado en el año de servicios anterior a la fecha en la cual empezó la incapacidad o licencia, o en todo el tiempo de servicios si no alcanzare a un (1) año, según lo establecido por el artículo 228 del CST.

El salario ordinario en el caso de trabajadores dependientes, puede ser fijo o variable, como lo ha expresado la Corte en varias oportunidades, según se pacte por unidad de tiempo, días, semanas, meses (salario fijo) o se determine de acuerdo al resultado de la actividad desplegada por el trabajador, evento en el cual admite varias modalidades de retribución: Por tarea, por unidad de obra, a destajo, por comisión, y otras similares (salario variable) (Cas. Octubre 5 de 1987). Queriendo esto decir, de acuerdo con la citada sentencia, que si el contrato de trabajo contempla una remuneración por unidad de tiempo, *"dicho salario no deja de ser fijo por que en su ejecución se reconozca trabajo suplementario, dominicales, viáticos, ni por qué el pago en algún momento incluya bonificaciones esporádicas o condicionadas al cumplimiento de determinados eventos, como el incremento de la producción por ejemplo."*

El artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990 dispone:

"2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. (...)"

Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se liquidarán sobre el 70% de dicho salario, conforme a lo establecido por el inciso 3º del artículo 65 del Decreto en comento.

De esta manera, el salario base que se debe tener en cuenta para liquidar prestaciones económicas, cuando se haya pactado remuneración con salario integral, es el 70% del salario devengado por el trabajador en la época coetánea a entrar a disfrutar el descanso, en el sentido que fija el artículo 132 del Código Sustantivo del Trabajo CST. Por lo que, en el evento de que se haya pactado remuneración bajo la modalidad de salario integral, la prestación

económica se liquidará sobre el 70% del salario integral devengado al momento de entrar a disfrutar el descanso.

Por lo que, en el caso del salario integral, con relación al factor prestacional de este, que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de salario integral, que compensa de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie; y en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones, las cuales se reconocen mes por mes con el salario integral, a pesar de que el trabajadora se encuentre en una prestación económica, esta obligación continuará en cabeza del empleador, ya que la licencia no suspende el vínculo laboral, ni el reconocimiento de las prestaciones sociales. Por tal sentido, el factor prestacional del trabajador en prestación económica deberá seguir siendo reconocido mes por mes por su respectivo empleador.

Tratándose de trabajadores independientes debe darse a aplicación a lo consagrado en los artículos 1 y 2 del Decreto 3085 de 2007, los cuales rezan así:

“Artículo 1°. Declaración Anual de Ingreso Base de Cotización. Todos los trabajadores independientes deberán presentar una declaración anual a más tardar en el mes de febrero de cada año, en la cual informen a las entidades administradoras del Sistema de la Protección Social a las que se encuentren afiliados, en la misma fecha prevista para el pago de sus aportes, el Ingreso Base de Cotización, IBC, que se tendrá en cuenta para liquidar sus aportes a partir del mes de febrero de cada año y hasta enero del año siguiente.

Cuando el trabajador independiente no presente su declaración de Ingresos Base de Cotización anual en la fecha prevista, se presumirá que el Ingreso Base de Cotización es igual a aquel definido para el período anual anterior y sobre el mismo se realizará la autoliquidación y pago del mes de enero de cada año.

La declaración de IBC anual podrá realizarse de manera manual en los formularios previstos para el efecto o de manera electrónica, mediante la utilización de la novedad "Variación permanente de salario" en la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.

En todo caso el Ingreso Base de Cotización no podría ser inferior a un salario mínimo legal mensual, ni al porcentaje previsto en el artículo 18 de la Ley 1122 de 2007 y a su definición se continuará aplicando, cuando corresponda, el Sistema de Presunción de Ingresos.

Artículo 2°. Modificaciones en el Ingreso Base de Cotización. El trabajador independiente deberá modificar la declaración Anual de IBC siempre que se produzcan cambios en sus ingresos, para ello deberá modificar su declaración del Ingreso Base de Cotización, mensualmente, en los formularios diseñados para el efecto, o de manera electrónica utilizando una de las siguientes novedades: "Variación permanente de salario", cuando el trabajador independiente conozca con certeza el valor del ingreso mensual que percibirá durante un período de tiempo, o "Variación temporal de salario", cuando se desconozca el monto real del citado ingreso.

La variación temporal antes mencionada, sólo será efectiva por un período máximo de tres (3) meses, período dentro del cual no se podrá realizar otra novedad de variación temporal.

Las variaciones del IBC anual causarán efectos exclusivamente hacia el futuro y cuando se

realicen en formularios físicos, sólo serán efectivas una vez sean reportadas a todos los subsistemas de la Protección Social, respecto de los que se hubieran realizado aportes en el período anterior.

Las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomados en consideración, en la parte que exceda de dicho porcentaje, para efectos de la liquidación de prestaciones económicas". (Subrayado y con negrillas fuera de texto).

El pago lo hará directamente el patrono a los afiliados cotizantes que disfrutan de la licencia, con la misma periodicidad de su nómina y por la parte causada; los valores ahí reconocidos se descontarán a más tardar en las dos siguientes liquidaciones del pago de cotizaciones a la EPS donde este afiliado el cotizante, a su vez estas entidades lo cobrarán a la Subcuenta de Compensación del Fondo de Solidaridad y Garantía en la compensación mensual. Cuando se presenten traslados de EPS, los descuentos deberán ser realizados a la nueva entidad en su primer pago quien repetirá en la parte correspondiente ante la anterior, de conformidad con lo establecido en el parágrafo 1 del artículo 48 de la Resolución No. 2266 de 1998.

Las EPS deberán establecer un control de las licencias expedidas, con base en los reportes médicos, que para tal efecto requiere, identificando separadamente cuales de ellas han sido adecuadamente pagadas y cuáles no. Los documentos soporte para la expedición de la licencia, como son: certificado Médico en el que consten: afirmación sobre el estado de embarazo, fecha probable o cierta del parto, fecha entre las cuales se hace uso de la licencia, o documentos de la adopción, serán conservados por la EPS.

La licencia de maternidad, es esencialmente diferente y con orígenes diferentes a las incapacidades generadas en enfermedad general, accidente común, enfermedad profesional o accidente de trabajo, contempladas en el artículo 206 ibídem.

La licencia de maternidad, no suspenderá el contrato de trabajo y por consiguiente, los términos de licencia no son descontables para efectos de la liquidación de prestaciones sociales. De esta manera, mientras la trabajadora permanezca en licencia y no sea terminada la relación laboral, el tiempo de su licencia será tenido en cuenta para la liquidación de sus prestaciones sociales, es decir, que durante este tiempo, no percibirá salario sino el pago de la mencionada prestación, y tendrá derecho al reconocimiento pleno de las prestaciones sociales de Ley que se derivan de su vínculo laboral hasta que este termine, ya que el vínculo laboral continuará vigente y no se suspenderá o culminará por el simple evento de la licencia.

Según lo contemplado por el artículo 63° del Decreto 806 de 1998:

"El derecho al reconocimiento de las prestaciones económicas por licencia de maternidad requerirá que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación." Subrayado y negrilla fuera del texto.

El artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 establece:

"Artículo 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 período de que 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 período 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 período 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 períodos 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.

5. 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."

Conforme al artículo 21° del Decreto 1804 de 1999, los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrán derecho a solicitar el reembolso

o pago de la licencia de maternidad, siempre que al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentren cumpliendo con las siguientes reglas:

1. 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.
2. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.
3. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos 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.

El numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, indica respecto al acceso a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad, lo siguiente:

"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.

Lo previsto en este numeral se entiende sin perjuicio del deber del empleador de cancelar la correspondiente licencia cuando existe relación laboral y se cotice un período 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".

En este orden de ideas, para que una EPS asuma el pago de una licencia de maternidad, se requiere que se haya cotizado durante todo el periodo de la gestación y que el pago de esa cotización haya sido ininterrumpida.

De esta forma, si el empleado o trabajador independiente no cumplió con la condición de que el pago de la cotización sea ininterrumpido, o la cotización no se efectuó durante todo el periodo de la gestación, las EPS no están obligadas a reconocer esta prestación económica y en este caso, le corresponderá al empleador asumir el pago de dicho concepto cuando se trate de trabajadora dependiente, mientras que en tratándose de trabajadora independiente, esta perderá dicha prestación.

Como consecuencia de lo anterior, el empleador (si se trata de una trabajadora dependiente) solo tendrá derecho a solicitar el reembolso o pago de la licencia de maternidad, si al momento de la solicitud y durante la licencia, se encuentra cumpliendo con todas las reglas

contenidas en el citado artículo 3º, cuya valoración no corresponde al Ministerio, sino a las Entidades Promotoras de Salud, quienes actúan por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía, de conformidad con lo establecido en los artículos 205 y 207 de la Ley 100 de 1993.

La obligación prevista anteriormente para el empleador, opera independientemente de que el trabajador al inicio de la relación laboral no haya declarado la existencia del estado de embarazo, pues el reconocimiento de la prestación económica por parte de las EPS o patrono no está sujeto a que la trabajadora comunique el estado de embarazo.

Finalmente, las exigencias que el sistema hace para efectuar dicho reconocimiento, no pueden ser ajenas a las circunstancias propias de cada situación respecto al periodo de gestación, pues este varía en cada caso particular, y no es posible hacer exigencias que no se pueden cumplir.

Aclarado lo anterior, vale la pena precisar, que si bien es cierto constitucionalmente (artículo 43 CP) se encuentra protegida la maternidad y garantizados los derechos que de ella se derivan, no es menos cierto que la licencia de maternidad está sujeta a un marco legal, en virtud del cual válidamente se han establecido ciertos condicionamientos para su reconocimiento por parte de las EPS. En este sentido, es claro respecto de los trabajadores dependientes o independientes, que **si no se cumple las normas antes señalada, las EPS están en el derecho de negar su reconocimiento.**

No obstante lo anterior, mediante la expedición del Decreto 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública en el artículo 121 se consagró los trámites de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad así:

“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.

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

Acuerdo 414 de 2008 del CNSS, reconocimiento de la licencia de maternidad cuando existen pagos extemporáneos de la cotización.

El Acuerdo 414 del CNSS establece que, las Entidades Promotoras de Salud EPS y las Entidades Obligadas a Compensar EOC reconocerán y pagarán las licencias de maternidad únicamente a las afiliadas cotizantes al Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud que tengan derecho a ella.

Tal y como establece el inciso 1º del artículo 2º del Acuerdo 414 del CNSS, *“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."

Según lo anterior, entenderíamos que con la emisión del Acuerdo 414 del CNSS se estaría modificando el numeral 1 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999, que disponía que para efectos del reembolso o pago de la licencia de maternidad, los empleadores o trabajadores independientes, y personas con capacidad de pago, tendrían derecho a solicitarlo, siempre que al momento de la solicitud y durante la licencia, se encontraran cumpliendo entre otras, con la siguiente regla:

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.

Conforme a esta disposición, serán de cargo del Empleador el valor de las licencias por 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 período que dure la licencia, en el pago de las cotizaciones correspondientes a cualquiera de sus trabajadores frente al sistema.

Ya que 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, generando mora, la EPS o EOC efectuará el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad, siempre que 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, de esta manera podemos entender bajo la premisa de este inciso que a pesar de que el empleador o cotizante independiente no haya realizado el pago de las cotizaciones oportunamente la EPS o EOC debe reconocer la licencia siempre que durante el periodo de gestación se pague la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los intereses de mora respectivos, dando así cumplimiento a lo definido por la Corte en el tema del reconocimiento de la licencia de maternidad por allanamiento de la mora en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

No obstante el segundo inciso del artículo 2º del Acuerdo 414 del CNSS establece:

"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."Negrilla fuera del texto.

De esta manera habrá derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad cuando el empleador o la cotizante independiente se encuentren en mora en el pago de las cotizaciones de máximo un período de cotización, en la fecha en que la madre cotizante da a luz, siempre que se dé el pago de la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento.

Lo que quiere decir, que en materia de mora para el pago de la licencia de maternidad existen dos escenarios.

1. La mora durante el período de gestación (antes del nacimiento del niño).
2. Y la mora en la fecha en que la madre cotizante dé a luz.

En el primero de ellos, la EPS o EOC efectuará el reconocimiento de la prestación económica de la licencia de maternidad, siempre que 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.

En el segundo de ellos, la EPS o EOC efectuará el reconocimiento de la licencia de maternidad siempre que se dé el pago de la cotización en mora con los respectivos intereses, antes de su reconocimiento, siempre que el empleador o la cotizante independiente se encuentren en mora en el pago de las cotizaciones de máximo un período de cotización, en la fecha en que la madre cotizante da a luz.

Requisitos para el reconocimiento y pago de la Prestación Económica de Licencia de Maternidad.

Conforme al numeral 3° del artículo 236 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 34 de la Ley 50 de 1990 y por el Artículo 1° de la Ley 1468 de 2011, para los efectos de la licencia de maternidad, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar:

- a) El estado de embarazo de la trabajadora;
- b) La indicación del día probable del parto, y
- c) La indicación del día desde el cual debe empezar la licencia, teniendo en cuenta que, por lo menos, ha de iniciarse dos semanas antes del parto.

Conforme al artículo 63 del Decreto 806 de 1998, que la afiliada haya cotizado como mínimo por un período igual al período de gestación.

Según el inciso 1° del numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, 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.

No obstante los dos numerales anteriores, y conforme a lo contemplado en el artículo 4 del Acuerdo 414 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y a lo definido en los numerales 1 y 7 del artículo 1 de la ley 1468 de 2011, la licencia de maternidad para las mujeres cotizantes independientes con ingreso igual o inferior a un salario mínimo legal mensual vigente, se liquidará por la EPS o EOC proporcionalmente a los días cotizados que correspondan al período real de gestación de cada trabajadora, teniendo en cuenta que el máximo de días a reconocer es de noventa y ocho (98). Cuando los días cotizados sean inferiores a los días del período real de gestación, el número de días a reconocer será el porcentaje que resulta de

dividir el número de días cotizados sobre el número de días reales de gestación. En el evento en que el período real de gestión sea inferior a doscientos setenta (270) días y siempre y cuando este período corresponda con los días cotizados, la EPS o EOC reconocerá el máximo de licencia, o en forma proporcional cuando el tiempo de cotización sea menor al tiempo de gestación; con excepción de los partos no viables que se sujetarán en el reconocimiento de la licencia, a lo definido en las normas vigentes sobre la materia.

De acuerdo con lo contemplado en los numerales 2, 3 y 4 del artículo 21 del Decreto 1804 de 1999:

1. 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.
2. Haber suministrado información veraz dentro de los documentos de afiliación y de autoliquidación de aportes al Sistema.
3. No haber omitido su deber de cumplir con las reglas sobre períodos 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.

Conforme al inciso 1° del artículo 2° del Acuerdo 414 del CNSSS, no encontrarse en mora durante el periodo real de gestación de cada trabajadora.

No obstante, 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 cumpla durante el periodo de la gestación con el pago de la totalidad de las cotizaciones adeudadas, con los respectivos intereses de mora, según lo contemplado por el inciso 1° del artículo 2° del Acuerdo 414 del CNSS.

Conforme al inciso 2° del artículo 2° del Acuerdo 414 del CNSSS, no encontrarse en mora en la fecha en que la madre cotizante da a luz.

No obstante, **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**, de conformidad con el 2° del artículo 2° del Acuerdo 414 del CNSSS.

De la normatividad transcrita, se deduce que la exigibilidad y efectividad del derecho al reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la afiliada, está sometida al cumplimiento de las exigencias señaladas en la ley, de una parte, siempre que en el momento

de la solicitud y durante la incapacidad o licencia de maternidad se efectúen las cotizaciones en la forma y términos establecidos en el Decreto 047 de 2000, y en caso de mora dentro de los parámetros del Acuerdo 414 del CNSSS.

3. DE LAS PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD

La licencia de paternidad es el reconocimiento de tipo económico que hace el Sistema General de Seguridad Social en Salud al progenitor, siempre que sea cotizante, en virtud de lo cual tiene derecho al reconocimiento y pago de una licencia remunerada, conforme lo disponen las Leyes 755 de 2002, 812 de 2003 y 1468 de 2011.

La Ley 1468 de 2011, establece en el parágrafo 1 del artículo 1º, el derecho al reconocimiento de la Licencia de Paternidad, así:

“PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autorizará al Gobierno Nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.”

Términos y Procedimiento para el reconocimiento de la Licencia de Paternidad.

Conforme al inciso 4º del parágrafo 1 del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, la licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Mediante la expedición del Decreto 019 de 2012, por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública en el artículo 121 se consagró los tramites de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad así:

“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.

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

Requisitos para el reconocimiento de la Licencia de Paternidad.

1. El trabajador tiene derecho a ocho (8) días hábiles de descanso remunerado, teniendo derecho a que se le pague el salario devengado al momento de ser concedida está por los días que dure la licencia.
2. La licencia de paternidad, opera para los hijos nacidos de la cónyuge o de la compañera.
3. Que la trabajadora con quien procreó, sea madre con criatura viable.
4. Que el recién nacido sea hijo del cotizante; lo cual debe ser probado con el respectivo Registro civil de nacimiento, el cual constituye el soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad, que deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor, conforme lo señala el inciso 5°, del párrafo 1 del artículo 1° de la Ley 1468 de 2011.
5. Presentar la solicitud de licencia remunerada de paternidad a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor, no obstante lo anterior el artículo 28 de la ley 1438 de 2011 señaló el término de 3 años para la solicitud de reembolso de prestaciones económicas.
6. Acreditar que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

En conclusión, la licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requiere que el padre haya cotizado efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad, de conformidad con lo consagrado en la ley 1468 de 2011.

4. RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS DERIVADAS DE INCAPACIDADES POR ENFERMEDAD GENERAL, LICENCIA DE MATERNIDAD O LICENCIA DE PATERNIDAD A TRAVÉS DE LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Con respecto al reconocimiento del valor de la licencia de maternidad, incapacidades por enfermedad general y licencia de paternidad sufragado por el empleador la ley 1438 de 2011 o el reconocimiento de estas prestaciones económicas a un trabajador independiente en su artículo 126 Adicionó los literales e), f) y g), al artículo [41](#) de la Ley 1122 de 2007, con relación a la facultad jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud así:

"ARTÍCULO 126. FUNCIÓN JURISDICCIONAL DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD. Adiciónense los literales e), f) y g), al artículo [41](#) de la Ley 1122 de 2007, así:

“e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo;

f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud;

g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

Modificar el parágrafo 2o del artículo [41](#) de la Ley 1122 de 2007, el cual quedará así:

“La función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud se desarrollará mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

La solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante. La acción podrá ser ejercida, sin ninguna formalidad o autenticación, por memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia. No será necesario actuar por medio de apoderado. Dentro de los diez días siguientes a la solicitud se dictará fallo, el cual se notificará por telegrama o por otro medio expedito que asegure su cumplimiento. Dentro de los tres días siguientes a la notificación, el fallo podrá ser impugnado. En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalecerá la informalidad”. (Subrayado y negrillas fuera de texto)

Ahora bien, para poder acceder a la Función Jurisdiccional se debe tener en cuenta lo siguiente:

REQUISITOS PARA ACCEDER A LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL

La petición debe ser a solicitud de la parte interesada y no de oficio, debe contener como mínimo lo siguiente:

- La designación de la autoridad a la que se dirige (Superintendente Delegado para la Función Jurisdiccional y de Conciliación- Dr. Pedro Ávila Orjuela).
- Los nombres y apellidos completos del solicitante y de sus representantes o Apoderados, si es el caso, con indicación del documento de identidad, dirección y teléfono.
- Objeto de la petición en forma clara y precisa.
- Las razones o hechos en que se apoya.
- La relación de documentos que se acompañan y pruebas que se pretendan hacer valer, aportando las que se encuentren en su poder (original o copia auténtica) y solicitando las que considere pertinentes.
- La firma del peticionario.
- Se debe adjuntar original de la petición y tantas copias de ésta cuantos sean los peticionados.
- Está legitimado para presentar la petición, únicamente el afiliado (cotizante o beneficiario), quien haya sido objeto de la atención, personalmente u otorgando poder a un abogado.

El trámite correspondiente se debe realizar en la Superintendencia Nacional de Salud - Bogotá. Carrera 7 No. 32-16 Piso 14 Oficina de Correspondencia. Torre Norte Ciudadela Comercial San Martín.

La anterior consulta, se atiende en los precisos términos del artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, en virtud del cual, las respuestas dadas no comprometerán la responsabilidad de las entidades que las atienden, ni serán de obligatorio cumplimiento o ejecución, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

William Javier Vega Vargas

Jefe Oficina Asesora Jurídica

Elaboró:	OMAR GÚZMAN BRAVO 24/04/2012
Revisó:	WILLIAM JAVIER VEGA VARGAS AMPARO ZULETA con comentario: OK
Trámite	SALIDA
Responsable	MARIA YOLANDA CASTRO CONTRERAS
Observaciones:	SIN OBSERVACIONES

Fecha Radicación: 21/06/2012

Historial
- 24/04/2012 10:10:27 AM. Documento guardado como borrador por: OMAR GÚZMAN BRAVO- 24/04/2012 10:15:10 AM. Se envió al estado: En Revisión por: OMAR GÚZMAN BRAVO con comentario: REVISION- 21/06/2012 3:56:51 PM. Se envió al estado: Revisado por: WILLIAM JAVIER VEGA VARGAS con comentario: ok- 21/06/2012 3:58:23 PM. Se envió al estado: Aprobado por: AMPARO ZULETA con comentario: OK, - 21/06/2012 4:00:26 PM. Documento radicado por: MARIA YOLANDA CASTRO CONTRERAS

Responsables que han revisado: William Javier Vega Vargas