

PRIMA TECNICA Y PRIMA DE DIRECCION - Como factores de liquidación de la licencia de maternidad

La Consulta inquiriere acerca de la posibilidad de pagar la prima de dirección o la prima técnica durante el disfrute de la licencia de maternidad de una empleada pública. Al respecto advierte la Sala que la prima de dirección consagrada para el año 2007 en el artículo 3º literal a) del decreto 600 de 2007 y la prima técnica, regulada entre otras disposiciones por los decretos 1661 de 1991, 2164 de 1991, 1724 de 1997, 1335 de 1999 y 1336 de 2003, tienen la connotación de pagarse mensualmente y ser remuneración por los servicios prestados al Estado. Durante la licencia de maternidad, la empleada pública se separa transitoriamente del ejercicio de su empleo y se presenta una vacancia temporal del mismo, de conformidad con los artículos 20 del decreto 2400 de 1968 y 6º, 23 y 70 del decreto 1950 de 1973. De suerte que durante este periodo no se reciben salarios ni retribución por parte de la entidad empleadora, sino un auxilio de maternidad que constituye una prestación social que paga la Empresa Promotora de Salud. Durante el disfrute de la licencia de maternidad no se tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de dirección ni de la prima técnica por parte de la entidad pública empleadora. Las mismas deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del auxilio de maternidad.

NOTA DE RELATORIA: Autorizada la publicación con oficio de 24 de octubre de 2007.

(07/08/02, Sala de Consulta, 00044, Ponente: Dr. ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO; Actor: MINISTRO DE CULTURA)

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL

Consejero ponente: ENRIQUE JOSE ARBOLEDA PERDOMO

Bogotá D. C., dos (2) de agosto de dos mil siete (2007)

Radicación numero: 11001-03-06-000-2007-00044-00(1830)

Actor: MINISTRO DE CULTURA

Referencia: Prima técnica y prima de dirección como factores de liquidación de la licencia de maternidad.

La señora Ministra de la Cultura, Sra. Elvira Cuervo de Jaramillo, formula a la Sala una consulta relacionada con el reconocimiento y pago de las primas de dirección y técnica a quien disfruta de licencia de maternidad. En concreto pregunta:

“1.- Debe pagarse la Prima de Dirección o la Prima Técnica de que trata el Decreto 1624 de 1991 y los que anualmente fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional (literal a) del artículo 3º) a las funcionarias que tengan derecho a ella, durante el disfrute de la licencia de maternidad?”

2.- En el evento de que se responda afirmativamente al anterior interrogante, se deben efectuar los pagos correspondientes a quienes no se les haya reconocido el pago de la Prima de Dirección o Prima Técnica referidas durante el disfrute de licencia de maternidad, aunque corresponda a pagos que debieron efectuarse en vigencias fiscales pasadas?”

Consideraciones de la Sala

Aclaración previa

La Consulta inquiriere acerca de la posibilidad de pagar la prima de dirección o la prima técnica durante el disfrute de la licencia de maternidad de una empleada pública. Al respecto advierte la Sala que la prima de dirección consagrada para el año 2007 en el artículo 3º literal a) del decreto 600 de 2007¹ y la prima técnica, regulada entre otras disposiciones por los decretos 1661 de 1991, 2164 de 1991, 1724 de 1997, 1335 de 1999 y 1336 de 2003, tienen la connotación de pagarse mensualmente y ser remuneración por los servicios prestados al Estado. Durante la licencia de maternidad, la empleada pública se separa transitoriamente del ejercicio de su empleo y se presenta una vacancia temporal del mismo, de conformidad con los artículos 20 del decreto 2400 de 1968 y 6º, 23 y 70 del decreto 1950 de 1973. De suerte que durante este periodo no se reciben salarios ni retribución por parte de la entidad empleadora, sino un auxilio de maternidad que constituye una prestación social que paga la Empresa Promotora de Salud.

La consulta se ocupará de dilucidar si para liquidar y pagar el referido auxilio es viable computar la prima técnica y la prima de dirección.

Monto del auxilio de maternidad

La Constitución Política en varias de sus disposiciones protege la maternidad durante el embarazo y después del parto, garantizando la seguridad social y la especial asistencia y protección del Estado, según obra en los artículos 43, 44, 48, 49, 50 y 53 de la Carta.

Por su parte, la Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo ha aprobado los Convenios números 102 de 1952 y 183 de 2000 y la Recomendación No. 191 de 2000, a través de los cuales se ha consagrado que a la mujer embarazada se le deberán proporcionar prestaciones pecuniarias en una cuantía que le garantice a ella y a su hijo condiciones de salud apropiadas y un nivel de vida adecuado².

¹ “La prima mensual de dirección fue creada en el año 1993 mediante el decreto 11, para los cargos de ministro y directores de departamento administrativo y sustituyó la prima técnica de que trataba el decreto 1624 de 1991” Diego Younes Moreno, Derecho Administrativo Laboral, Temis, Décima edición, página 147.// Para años anteriores la prima de dirección fue consagrada en los arts. 3º de los decretos 372/06, 916/05, 4150/04, 3535/03 y 660/02.

² Desde la ley 53 de 1938, se protegió la maternidad estableciéndose que toda mujer en estado de embarazo, que trabaje en oficinas y empresas de carácter oficial o particular, tiene derecho en la época del parto a una licencia remunerada (art. 1º). El decreto reglamentario 1632 de 1938, modificado por el decreto 953 de 1939, prescribió que durante el tiempo de la licencia, el patrono pagará a la trabajadora la remuneración que ella haya tenido durante el último mes de trabajo; cuando se trate de trabajo a destajo o tarea, la remuneración será la que haya ganado la trabajadora durante los últimos treinta días de ocupación anterior a la licencia. // La Declaración Universal de los Derechos Humanos en su artículo 25 numeral 2º señala que “La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales”// El artículo 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por Colombia prevé el deber de los Estados de conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto y el reconocimiento de la licencia con remuneración o con prestaciones

El amparo a la maternidad contiene dos beneficios para la madre trabajadora: el descanso y la remuneración; el primero lo otorga el empleador a través de una licencia, el segundo, como se verá, lo asumen las empresas prestadoras de salud con cargo al Fosyga.

Como lo señala la Corte Constitucional *“... se trata de un caso especial de protección, doblemente reforzada, pues concurren los derechos constitucionales del hijo y de la madre al mismo tiempo, que forman una unidad, que es mayor que la suma de los factores que la integran (madre e hijo) y que por lo mismo debe protegerse en todos sus aspectos y en su unidad. // No hay duda que la licencia de maternidad se concede en interés de la genitora, pero también y especialmente en interés del niño y sirve para atender necesidades de la madre, pero también para solventar las del niño incluidas las de su seguridad social o protección.”*³

Revisando la historia legal de ésta institución se encuentra que el decreto ley 3135 de 1968,⁴ en su artículo 14 contempló como prestación a cargo de las entidades de previsión y a favor de los empleados públicos y trabajadores oficiales la asistencia obstétrica y el auxilio por maternidad. Específicamente el artículo 19 dispuso que *“La empleada o trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de ocho semanas,⁵ pagadera por la respectiva entidad de previsión social, en la época del parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso.”*⁶ En el mismo sentido se expidió el artículo 33 del decreto reglamentario 1848 de 1969 al señalar que *“Toda empleada oficial que se halle en estado de embarazo tiene derecho, en la época del parto, a una licencia remunerada por el término de ocho (8) semanas”* y el artículo 35 ibídem según el cual *“En caso de maternidad, las empleadas oficiales tienen derecho a las prestaciones siguientes: a) económica, que consiste en el pago del último salario asignado, durante el término de la licencia remunerada a que se refieren los dos artículos anteriores.”*

El decreto ley 1045 de 1978⁷ previó que las entidades de previsión reconocieran y pagaran en los términos fijados por la ley, entre otras prestaciones sociales el auxilio de maternidad. Estableció además que para determinar el valor del auxilio de maternidad se tendrían en cuenta los siguientes factores: asignación básica, incrementos por antigüedad, gastos de representación, prima técnica, auxilios de alimentación y de transporte, prima de servicios, bonificación por servicios prestados y prima de vacaciones.⁸

La ley 50 de 1990⁹ en su artículo 34 reformó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y dispuso en lo pertinente: *“Descanso remunerado en la época del*

adecuadas de seguridad social.// El artículo 9 del Protocolo Facultativo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Protocolo de San Salvador”, aprobado por la ley 319 de 1996, contempla como derecho a la seguridad social, cuando se trate de mujeres, la “ licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

³ Sentencia T-1212 de 2005

⁴ Por el cual se prevé la integración de la seguridad social entre el sector público y el privado y se regula el régimen prestacional de los empleados públicos y trabajadores oficiales

⁵ El artículo 34 de la ley 50 de 1990 extendió el derecho a doce (12) semanas.

⁶ *“Si se trata de una 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.”*

⁷ Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional. Ver artículos 5º y 37.

⁸ Artículo 46.

⁹ Por la cual se introducen reformas al Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones

parto. 1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de doce (12) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso (...) Estos beneficios no excluyen al trabajador del sector público”.

La ley 100 de 1993¹⁰ no especificó el monto del auxilio por maternidad, sin embargo señaló en su artículo 207 que se reconocería “... de conformidad con las disposiciones legales vigentes...”¹¹ El decreto 806 de 1998¹² consagró que el régimen contributivo garantizaría a sus afiliados cotizantes entre otros beneficios el subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad¹³ sin definir su cuantía. Es por ello que en esta materia debe estarse a lo dispuesto en la ley 50 de 1990 y demás normas pertinentes.

En relación con ésta última conclusión, así lo sostuvo esta Sala en la consulta 1203 de 1999

“(...) la ley 4ª no regula específicamente las prestaciones sociales de maternidad o enfermedad general, por tanto, las disposiciones legales vigentes al respecto, aplicables a los empleados públicos del orden nacional, son las que prevé la ley 50 de 1990 en relación con la prestación económica por maternidad; el decreto ley 3135 de 1968 y su decreto reglamentario 1848 de 1969 lo son para las demás prestaciones, en las cuales se incluyen las asistenciales de salud, tanto por maternidad como por enfermedad general y la prestación económica correspondiente a esta última (...) En consecuencia, el legislador determina el monto de la prestación económica por maternidad, con base en “el salario que devengue al entrar a disfrutar del descanso” (art. 34 ley 50 de 1990), y por salario se entienden todas las sumas que habitual y periódicamente recibe la empleada como retribución por sus servicios, es decir, todo lo devengado por la empleada en el momento iniciar de la licencia.”.

Del alcance de la protección constitucional a la maternidad y de la preceptiva jurídica que gobierna la materia se desprende que el respectivo auxilio se remunera con la totalidad del salario que devenga la empleada pública al entrar a disfrutar del descanso. Dentro de los factores que se tienen en cuenta para liquidarla el artículo 46 del decreto 1045 de 1978 contempló la prima técnica, mas no la prima de dirección, pues, para ese entonces no existía.

Es cierto que tanto las normas que han regulado la prima de dirección¹⁴ como las de la prima técnica¹⁵ cuando se paga como un reconocimiento por el buen

¹⁰ Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones

¹¹ Ver además artículo 162 ibídem.

¹² Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.

¹³ Artículo 28 literal c.

¹⁴ Ver decretos anuales por los cuales se fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la Rama Ejecutiva, Corporaciones Autónomas Regionales y de Desarrollo Sostenible, Empresas Sociales del Estado, del orden nacional y se dictan otras, particularmente el literal a), artículo 3º del decreto 600 de 2007, según el cual “La prima de dirección sustituye la prima técnica de que trata el decreto 1624 de 1991, no es factor de salario para ningún efecto legal y es compatible con la prima de servicios, la prima de vacaciones, la prima de navidad y la bonificación por servicios prestados.”

desempeño del cargo, han consagrado que no constituyen factor salarial; sin embargo, dado que no es posible desmejorar las condiciones económicas de la empleada embarazada, considera la Sala que debe reconocerse el auxilio de maternidad con base en la totalidad de lo percibido por la empleada al entrar a disfrutar de su licencia.

Esta conclusión se reafirma con la abundante jurisprudencia de la Corte Constitucional que al efecto ha precisado:

“Dicha prestación económica tiene por propósito reconocer y pagar en favor de la madre, un descanso que le permita ‘recuperarse físicamente y cuidar de su hijo, para lo cual resulta indispensable, contar con los medios económicos que le permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo, en la época próxima y posterior al parto, con las mismas condiciones que si se encontrara laborando.’” – sentencias T-1212 de 2005 y T-999 de 2003 -¹⁵

“(...) la posibilidad de dedicar un tiempo invaluable a atender y cuidar al menor dependen en buena medida de la existencia de mecanismos económicos de asistencia, de manera que tal dedicación no se traduzca en mengua de unos recursos, también necesarios para brindar atención y cuidado (...) (el padre - y la madre - deben) gozar de la garantía de recursos para cumplir el deber de cuidar y brindar amor” – sentencia T-1078 de 2003 -

“El reconocimiento económico (...) no siempre está dirigido a asegurar la financiación, sino también a mantener el flujo de recursos familiares, elemento indispensable para lograr condiciones de tranquilidad, requeridas para la dedicación exclusiva a las labores de cuidado y amor hacia el menor” - sentencia T-298 de 2004 -

“(...) una manifestación directa del trato preferente que se le debe dar a la mujer durante el embarazo y después del parto es la licencia remunerada, la cual además de ser una prestación económica definida en la ley, hace parte del mínimo vital, pues, equivale al salario que devengaría la madre en el caso de no haber tenido que interrumpir su vida laboral. La finalidad de la licencia es proveer un descanso remunerado a la mamá en la época del parto y con posterioridad al mismo, para que se recupere físicamente y pueda atender sus necesidades básicas y las del recién nacido en las mismas condiciones que si se encontrara laborando, para lo cual es necesario que cuente con medios económicos (...)” - sentencia T-1212 de 2005 -

“(...)...La licencia de maternidad hace parte del mínimo vital, la cual está ligada con el derecho fundamental a la subsistencia, por lo tanto su no pago vulnera el derecho a la vida. La licencia de maternidad equivale al salario que devengaría la mujer en caso de no haber tenido que interrumpir

¹⁵ En relación con la prima técnica, precisa anotar que la misma se concibió con dos finalidades: primero, como un reconocimiento económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados que se requieran para el desempeño de cargos cuyas funciones demanden la aplicación de conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo y segundo, como un reconocimiento por el buen desempeño en el cargo – art. 1º del decreto 1661 de 1991 -.

¹⁶ Ver sentencias T-743 A de 2000, MP. Alejandro Martínez Caballero y T-568 de 1996, MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

su vida laboral, y corresponde a la materialización de la vacancia laboral y del pago de la prestación económica (...) – sentencia T-664 de 2002 -

“...la licencia de maternidad constituye el salario que la nueva madre deja de percibir mientras se encuentra sin laborar -incapacitada-, al cuidado del menor y que, por lo tanto, es el sustento que le permite vivir en condiciones dignas junto con el recién nacido...” – sentencia T-1168 de 2005 -

De conformidad con lo anterior se concluye que el auxilio de maternidad debe ser calculado y pagado teniendo como base toda la remuneración que recibe la empleada pública al momento de entrar a disfrutar de su licencia, incluyendo en el cómputo las sumas correspondientes a la prima técnica y la prima de dirección, a pesar de que no se hubiere cotizado sobre las mismas, pues, de lo contrario se afectaría el mínimo vital de la madre, al no contar con los mismos recursos económicos que venía percibiendo al momento de disfrutar del descanso correspondiente.

Se reitera que, si bien es cierto que de conformidad con los artículos 3º literal a) del decreto 600 de 2007 y 7º del decreto 1661 de 1991 la prima de dirección y la prima técnica otorgada por evaluación de desempeño no constituyen factor salarial, tratándose del auxilio de maternidad, dada la especial protección brindada por la Constitución Política a la mujer embarazada y al niño si es dable computar tales conceptos.

Ahora bien, podría aducirse que el auxilio de maternidad se liquida sólo sobre el salario base de cotización al sistema general de seguridad social en salud. Sin embargo tal interpretación implicaría una desprotección a la mujer embarazada e iría en contravía de los principios que ha pretendido garantizar la Constitución Política, de conformidad con la reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional antes transcrita.

Entidad obligada al reconocimiento y pago del mayor valor del auxilio de maternidad

A partir de la conclusión anterior, surge el problema de determinar a cargo de quién está el mayor valor entre lo cotizado y lo que efectivamente debe pagarse como auxilio de maternidad, dado que dentro del ingreso base de liquidación del sistema de seguridad social en salud no se cotiza sobre la prima de dirección ni sobre la prima técnica cuando no constituye factor salarial.

ley 100 de 1993, artículo 207, dispone:

*“Artículo. 207.- Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el Fondo de Solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.”*¹⁷

¹⁷ Ver además artículos 6º, 7º, 156, 157, 159, 172.8, 182 y 204 párrafo 1º. Previó la ley, además, que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud tendrá entre sus funciones la de definir el régimen que deberán aplicar las Entidades Promotoras de Salud para el reconocimiento y pago de las incapacidades originadas en las licencias de maternidad a los afiliados según las normas del régimen contributivo – art. 172.8 -, a este respecto ver Acuerdo 31 de 1996 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, art. 3.14.

De acuerdo con la norma transcrita quien reconoce el auxilio de maternidad a la empleada pública es el régimen contributivo a través de la entidad promotora de salud, pero ésta a su turno hace el recobro al Fondo de Solidaridad, luego es éste en últimas quien debe asumir el mayor valor. Al respecto, el Acuerdo 351 de 2006 proferido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, dispone: “Artículo tercero- Las licencias de maternidad y paternidad se pagarán con cargo al Fondo de Solidaridad y Garantía - Subcuenta de Compensación.”

Entre las razones que sirven de sustento a la anterior afirmación está el principio de solidaridad que inspira la ley 100 de 1993 entendido como “la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil (...) Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables” según las voces del artículo 2° literal c) de la misma ley.¹⁸ En el caso estudiado, entender que el sistema no puede dar más de lo que cotiza el empleado, desconoce el principio de solidaridad y la especial protección y asistencia que debe brindar el Estado a la mujer durante el embarazo y después del parto, principio este último que tiene prevalencia y que guía la interpretación y aplicación de la ley.

Cabe anotar, que de la forma como se redactaron las preguntas, parece ser que a alguna funcionaria no le cancelaron el auxilio de maternidad teniendo en cuenta la totalidad de los elementos que constituyen su remuneración, situación que en principio debería ser reclamada a la correspondiente empresa promotora de salud, dado que el Ministerio no puede cancelar la prima de dirección ni la técnica mediando la licencia de maternidad.

Con base en las anteriores premisas, la Sala responde:

“1.- Debe pagarse la Prima de Dirección o la Prima Técnica de que trata el Decreto 1624 de 1991 y los que anualmente fijan las escalas de asignación básica de los empleos que sean desempeñados por empleados públicos de la rama ejecutiva del orden nacional (literal a) del artículo 3°) a las funcionarias que tengan derecho a ella, durante el disfrute de la licencia de maternidad?”

2.- En el evento de que se responda afirmativamente al anterior interrogante, se deben efectuar los pagos correspondientes a quienes no se les haya reconocido el pago de la Prima de Dirección o Prima Técnica referidas durante el disfrute de licencia de maternidad, aunque corresponda a pagos que debieron efectuarse en vigencias fiscales pasadas?”

1° y 2°. Durante el disfrute de la licencia de maternidad no se tiene derecho al reconocimiento y pago de la prima de dirección ni de la prima técnica por parte de la entidad pública empleadora. Las mismas deben ser tenidas en cuenta para el cálculo del auxilio de maternidad.

Transcríbase a la señora Ministra de Cultura y a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República.

¹⁸ Sentencia T-1078 de 2003: “Esto último guarda estrecha relación con la función constitucional del sistema de seguridad social, el cual se dirige a la realización del principio de solidaridad, de manera que opera como un sistema de redistribución del ingreso de la familia, que el legislador ha contemplado como garantía de cubrimiento de ‘todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población...’”

ENRIQUE J. ARBOLEDA PERDOMO
JARAMILLO
Presidente de la Sala

LUIS F. ALVAREZ

GUSTAVO E. APONTE SANTOS

LIDA YANNETTE MANRIQUE
Secretaria de la Sala