



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

Bogotá D.C.

Asunto: Consulta respecto al reconocimiento y pago de licencia de maternidad de una persona en licencia no remunerada.
Radicado. 202342302355762.

Respetado señor;

En atención a su consulta trasladada por competencia a esta cartera por parte del Departamento Administrativo de la Función Pública, y en la cual requiere una orientación relacionada con el reconocimiento y pago de una licencia de maternidad, nos permitimos señalar:

ANTECEDENTES

La consulta se plantea de la siguiente manera:

“De manera respetuosa solicito nos emitan un concepto sobre la siguiente situación administrativa.

Si una funcionaria solicita una licencia no remunerada por el tiempo definido de dos meses. Y, esta misma funcionaria, presentaba estado de embarazo, y no hubiese cumplido el deber contenido en el literal b) y c) del numeral tres (3) del artículo 236, del Decreto 2663 de 1950. El cual habla de entregar al empleador un certificado médico que contenga:

(...) 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.

Además, la funcionaria notifica esta situación hasta 15 días después de su fecha de parto, mientras se encontraba en licencia no remunerada, y por tanto no tenía el empleador la forma de determinar la realidad de su estado.”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a dar respuesta a las preguntas planteadas en los siguientes términos:

“Considerando la maternidad goza de protección especial del estado, y con el fin de no afectar el derecho de la madre ni del menor, como tampoco afectar la capacidad de recobrar el dinero a la EPS por concepto de licencia toda vez que este es dinero público, procedemos a presentar las siguientes inquietudes:

- 1. ¿Existe ley o norma que señale la oportunidad máxima para que sea notificado al empleador del estado de embarazo para efectos del trámite de licencia de maternidad?*
- 2. Si un funcionario notifica posterior a la fecha de parto, ¿a partir de que día opera la licencia de maternidad?, ¿Se toma retroactivo desde el día de parto (o semana preparto) o inicia desde el momento de la notificación?*
- 3. En caso de que la licencia inicie posterior a la notificación y elaboración del acto administrativo de la licencia, ¿puede la EPS negar el reconocimiento de una licencia por no coincidir el día de nacimiento del menor con el inicio efectivo de la licencia?*
- 4. En caso con que la licencia deba iniciar efectivamente con la fecha del nacimiento del menor, y en caso de que el empleador sea notificado del parto posterior a la finalización de la licencia no remunerada, ¿debe la entidad reconocer en nómina esos días como Licencia de maternidad?”*

FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011¹, el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017² y el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021³ en cuanto a la licencia de maternidad prevé:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

¹ Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

² Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

³ Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241a del código sustantivo del trabajo, y se dictan otras disposiciones.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311602415521

Fecha: 15-11-2023

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.

2. Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará en cuenta el salario promedio devengado por la trabajadora en el último año de servicio, 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.

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...)" (Subrayado fuera de texto)

El artículo 207 de la Ley 100 de 1993⁴, frente al pago de la licencia de maternidad por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada una de las Entidades Promotoras de Salud -EPS, establece:

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

Asimismo, frente a las disposiciones vigentes para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de las EPS, se precisa que el Decreto 780 de 2016⁵, dispone en su artículo 2.2.3.2.1, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto:

⁴ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

⁵ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

1. *Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo.*
2. *Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.*
3. *Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta.*

Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar.

A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. (...)

Cumplidas las condiciones establecidas en la norma, se tendrá derecho al pago correspondiente a la licencia de maternidad por parte de la EPS. Ahora bien, respecto del monto sobre el cual se realiza el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Promotora de Salud, el artículo 2.2.3.2.9 del Decreto 780 de 2016, indica:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.9 IBC para el reconocimiento y pago de licencias de maternidad y paternidad. El reconocimiento y pago de las licencias de maternidad y paternidad se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar esta, entendiéndose por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia.

Cuando exista multiplicidad de aportantes para la fecha de inicio de la prestación, el valor a reconocer se liquidará en forma proporcional a lo aportado durante el periodo de gestación y se pagará de manera independiente a cada uno de ellos” (Subrayado fuera de texto)

Respecto de la documentación requerida para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de la EPS, el artículo 2.2.3.4.1 del Decreto 780 de 2016, determina:

“Artículo 2.2.3.4.1 Documentos para el trámite de reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas. Para el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas derivadas de incapacidad de origen común, licencia de maternidad y licencia de paternidad, el aportante deberá entregar a la entidad promotora de salud o entidad adaptada, los siguientes documentos, según sea el caso:



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

(...)

Licencia de maternidad:

1. *Certificado de licencia de maternidad expedido por el prestador de servicios de salud de la red de la EPS o entidad adaptada o validado por esta.*

2. *En caso de licencia de maternidad por extensión, certificado de licencia de maternidad expedido por la EPS o entidad adaptada, a favor de quien corresponda, adjuntando registro civil del menor entregado en adopción o acta de entrega del menor de edad por parte del ICBF o institución autorizada para ello; copia del acto administrativo o providencia judicial que hubiere otorgado la custodia, certificado de defunción, o certificación médica en la que conste la incapacidad de la madre para cuidar al menor, según corresponda.*

3. *El registro civil de Nacimiento del menor*

(...)

Documentos comunes a las solicitudes de reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas:

1. *Solicitud de pago suscrita por el aportante a través del medio que establezca la entidad promotora de salud o la entidad adaptada.*

2. *Certificación bancaria con fecha de expedición no superior a treinta (30) días calendario, emitida por la entidad financiera, con la identificación de la cuenta, que incluya el nombre completo e identificación del titular, así como el tipo, número y estado de la cuenta. En caso de no contar con cuenta bancaria, la solicitud debe indicar el medio de pago, de acuerdo con las opciones que establezca la EPS o entidad adaptada.”*

Respecto del contenido del certificado de licencia de maternidad, el artículo 2.2.3.2.4 Ibidem, determina:

“Artículo 2.2.3.2.4 Certificado de licencia de maternidad. *Es el documento que está obligado a expedir el médico tratante o médico que atendió el parto, para dar constancia de la culminación del embarazo, el cual deberá contener como mínimo la siguiente información:*

1. *Razón social o nombres y apellidos del prestador de servicios de salud donde se atendió el parto.*
2. *NIT del prestador de servicios de salud*
3. *Código del prestador de servicios de salud asignado en el Registro Especial de Prestadores de Servicios de Salud (REPS)*
4. *Nombre de la entidad promotora de salud o entidad adaptada*



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

5. Lugar y fecha de expedición
6. Nombre del afiliado, tipo y número de su documento de identidad
7. Código de diagnóstico principal, utilizando la Clasificación Internacional de Enfermedades – CIE vigente
8. Código del diagnóstico relacionado, utilizando la Clasificación Internacional de Enfermedades - CIE vigente
- 9. Fecha probable del parto**
- 10. Fecha de inicio y terminación de la licencia de maternidad**
- 11. Días de licencia de maternidad**
12. Edad gestacional en semanas.
13. Embarazo múltiple Si o No
14. Número de nacidos vivos
15. Número del certificado de cada nacido vivo
16. Nombre, tipo y número de identificación y firma del médico que lo expide.

Parágrafo. Los datos contenidos en el certificado de licencia de maternidad deberán quedar consignados en la historia clínica del paciente. **El médico tratante deberá expedir el certificado de licencia de maternidad en un plazo no mayor a tres (3) días calendario siguientes al nacimiento del menor.**” (Negrita fuera de texto)

Frente al pago de las prestaciones económicas, el Decreto 780 de 2016 indica en su artículo 2.2.3.4.3:

“Artículo 2.2.3.4.3 Pago de prestaciones económicas. *La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará por la entidad promotora de salud o entidad adaptada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación por el aportante, o del interesado en los eventos de licencia de maternidad por extensión.*

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la entidad promotora de salud o la entidad adaptada efectuará el pago de las prestaciones que haya autorizado, directamente al aportante, o al interesado, según corresponda, mediante transferencia electrónica. La EPS o entidad adaptada que no cumpla con el plazo definido para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

La entidad promotora de salud o la entidad adaptada enviará comunicación por el medio autorizado por el usuario, informando el monto reconocido y pagado de la respectiva prestación, y podrá verificar por cualquier medio que el beneficiario de la prestación económica la haya recibido.

De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o entidad adaptada, el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud,



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar.

Parágrafo. *Los aportantes no podrán deducir de las cotizaciones en salud los valores correspondientes a incapacidades por enfermedad general, licencias de maternidad o paternidad.” (subrayado fuera de texto)*

Frente a la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional en Sentencia T-526/19 con Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, mencionó:

“5. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

“(…) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los “principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital”.

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una “protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores”, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto.

Esta Corporación al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

“un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto. Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento”

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que “dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”.

Esta prestación cubre a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, servidoras públicas o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico.

(...)

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

“la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

(...)

En lo que respecta al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Sala reitera que, según la jurisprudencia constitucional, dicha prestación representa el ingreso con el que cuenta la mujer trabajadora para atender su subsistencia y la del recién nacido para la época del parto. En este sentido, si la trabajadora no cotizó durante todo el tiempo de la gestación, la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.”

RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La normativa citada en el presente concepto establece en términos generales el trámite para el reconocimiento de licencias de maternidad ante las Entidades Promotoras de Salud. Ahora, se precisa que la licencia de maternidad será reconocida por la EPS en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016.

Expuesto lo anterior, previa transcripción de las inquietudes planteadas, se procederá a dar respuesta de la siguiente forma:

“1. ¿Existe ley o norma que señale la oportunidad máxima para que sea notificado al empleador del estado de embarazo para efectos del trámite de licencia de maternidad?”

Una vez validadas las normas vigentes respecto del reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, no se evidencia una norma que indique de forma expresa un plazo máximo para que la trabajadora notifique al empleador de su estado de embarazo.

“2. Si un funcionario notifica posterior a la fecha de parto, ¿a partir de que día opera la licencia de maternidad?, ¿Se toma retroactivo desde el día de parto (o semana preparto) o inicia desde el momento de la notificación?”

Para dar respuesta a estos interrogantes, es necesario tener en cuenta que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo refiere como premisa que: *“Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia”,* ahora bien, en lo que respecta a las obligaciones del SGSSS, se tiene que la EPS realizará el pago de la licencia de maternidad, en los términos del artículo 2.2.3.2.9 del



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

Decreto 780 de 2016, norma que indica que: “El reconocimiento y pago de las licencias de maternidad y paternidad se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar esta, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia”.

Dicho esto, es importante tener en cuenta que la licencia de maternidad opera desde el día indicado en el certificado de licencia expedido por el prestador de servicios de salud de la red de la EPS o entidad adaptada o validado por esta, el cual debe contener entre otras cosas la fecha probable del parto, la fecha de inicio y terminación de la licencia de maternidad y los días de licencia de maternidad. El mencionado certificado de licencia debe ser expedido por el médico tratante en un plazo no mayor a tres (3) días calendario siguientes al nacimiento del menor.

“3. En caso de que la licencia inicie posterior a la notificación y elaboración del acto administrativo de la licencia, ¿puede la EPS negar el reconocimiento de una licencia por no coincidir el día de nacimiento del menor con el inicio efectivo de la licencia?”

Teniendo en cuenta que el artículo 2.2.3.2.4 del Decreto 780 de 2016 prevé el contenido del certificado de licencia y el término de expedición del mismo, se precisa que la EPS solo podrá negar el reconocimiento de una licencia de maternidad en el caso en el cual no se cumplan los requisitos dispuestos en el artículo 2.2.3.2.1 ibidem, que dispone que para el reconocimiento y pago de la referida licencia se requiere que la trabajadora acredite estar afiliada al SGSSS en calidad de cotizante, haber efectuado aportes durante los meses de gestación y contar con el certificado de licencia de maternidad; cumplidas dichas condiciones procederá el pago correspondiente por parte de la EPS.

“4. En caso con que la licencia deba iniciar efectivamente con la fecha del nacimiento del menor, y en caso de que el empleador sea notificado del parto posterior a la finalización de la licencia no remunerada, ¿debe la entidad reconocer en nómina esos días como Licencia de maternidad?”

En primer lugar, es importante mencionar que no es claro el planteamiento de su pregunta, no obstante, de conformidad con lo establecido en el artículo 2.2.3.2.9 del Decreto 780 de 2016, la licencia de maternidad debe ser pagada desde el primer día independientemente de que la licencia no remunerada esté en curso o hubiere terminado, es así como, el reconocimiento económico se dará desde la fecha en la que inicia la licencia de maternidad, fecha que se extrae de la certificación de la licencia expedido por el médico tratante o médico que atendió el parto.

En los anteriores términos, damos respuesta a la consulta formulada, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602415521**

Fecha: **15-11-2023**

1437 de 2011, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁶ en cuanto a que *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente;

⁶ *“Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*