



AI Radicado No.: 201711602353901

Fecha: 14-12-2017

Página 1 de 3

Bogotá D.C.

URGENTE

Asunto: Licencia de maternidad por nacimientos prematuros.
Radicado 201742302373342

Respetada doctora Nelly Greis:

Hemos recibido el oficio del asunto radicado en este Ministerio, mediante el cual plantea una situación particular relacionada con el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad por un nacimiento prematuro. Al respecto, previas las siguientes consideraciones, me permito señalar:

En primer lugar, es importante resaltar que de conformidad con lo previsto en el Decreto Ley 4107 de 2011¹, modificado en algunos apartes por el Decreto 2562 de 2012², este Ministerio tiene como finalidad primordial el fijar la política en materia de salud y protección social; así mismo, conceptúa de forma general sobre la aplicación de las normas que rigen el Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, sin que dicha norma ni ninguna otra, le haya otorgado competencia para liquidar prestaciones económicas, ni ejercer auditoria y revisión, a las liquidaciones efectuadas por las EPS.

En ese sentido, debe aclararse de existir controversia con una EPS, frente al reconocimiento y pago de las incapacidades médicas y / o licencias de maternidad, la misma podrá ser resuelta por la Superintendencia Nacional de Salud - SNS, en virtud de las facultades jurisdiccionales asignadas en el literal g) del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011, 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:

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

No obstante lo expresado, el criterio jurídico que sobre el reconocimiento y pago de licencias de maternidad por nacimientos prematuros, que tiene esta Dirección, es el siguiente:

El artículo 207 de la Ley 100 de 1993³, establece que el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud - EPS, la licencia de maternidad.

Sobre el particular, vale la pena indicar que la licencia de maternidad es una prestación económica que reconoce el Régimen Contributivo del SGSSS, la cual emana de las normas laborales, artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011, a su vez modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, el cual reza:

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

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.

¹ Por el cual se determinan los objetivos y la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social y se integra el Sector Administrativo de Salud y Protección Social.

² Por el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social, se crea una Comisión Asesora y se dictan otras disposiciones.

³ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".



AI Radicado No.: 201711602353901

Fecha: 14-12-2017

Página 2 de 3

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. (...)

(...) 4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica, se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento o enfermedad de la madre, 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.

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 dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple, la licencia se ampliará en dos semanas más. (Negrilla fuera de texto) (...)

Al respecto, este Ministerio expidió la Circular Externa 024 de 2017, mediante la cual se emitieron: “Directrices para el reconocimiento y pago de la licencias de maternidad y paternidad en el sistema general de seguridad social en salud - ley 1822 de 2017”, donde al referirse al reconocimiento de la licencia de maternidad en caso de presentarse parto prematuro, indicó:

“(...) 3.1. Parto prematuro

Para efectos del reconocimiento por el SGSSS de las licencias por maternidad para las madres de niños prematuros, se tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y la del nacimiento a término, a cuyo resultado le serán agregadas las dieciocho (18) semanas dispuestas en la ley, para lo cual se deberá anexar el certificado de nacido vivo.

La licencia por parto prematuro se reconocerá cuando el menor haya nacido antes de completar las 37 semanas de gestación, información que deberá estar incluida en la certificación que para tal efecto expida el médico tratante. (...) (Negrilla fuera de texto)

Por su parte, la Corte Constitucional en Sentencia T - 646 de 2012, en instancia de revisión al analizar el contenido del numeral 5 del artículo 1 de la Ley 1468 de 2011⁴, el cual hacía mención a las licencias de maternidad para madres de niños prematuros, al referirse a la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, señaló:

“(...) Es pertinente repetir que el embarazo de 37 semanas no es el máximo deseable, sino el mínimo para precaver quebrantos de salud, no siendo en todo caso el momento ideal de nacimiento, pues el bebé y la madre aún se encuentran en proceso de gestación.

No puede entonces determinarse una semana fija y menos generalizarla, pues como se ilustró al final de la consideración quinta de esta sentencia, el momento natural de nacimiento lo determina, de manera individualizada el proceso de evolución en el que se encuentran la madre y el nasciturus.

⁴Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.



AI Radicado No.: 201711602353901

Fecha: 14-12-2017

Página 3 de 3

Por ello el médico tratante, en los exámenes de rigor y según la evolución de cada caso en particular, calcula una fecha probable de parto, que tiene en cuenta no solo el tiempo, sino la formación, peso, tamaño y demás características propias, que según el conocimiento y la experiencia del profesional sea la aproximada para la finalización del embarazo, momento que llegará naturalmente, ojala en la plenitud del desarrollo y la salud del bebé.

*Es por eso que la nueva norma, al referirse a la licencia de maternidad frente a niños prematuros, determinó que se tendrá en cuenta la **“diferencia entre la edad gestacional”** (formación en el vientre materno) **“y el nacimiento a término”** (fecha probable de parto, determinada por el especialista), **“con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad”, debiendo anexarse la respectiva “certificación expedida por el médico tratante” y el certificado de nacido vivo. (...)**” (Negritas fuera de texto)*

Teniendo en cuenta la normativa antes transcrita, así como el pronunciamiento de la Corte Constitucional, debe precisarse que para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parto prematuro, debe tenerse en cuenta la diferencia entre la edad gestacional (formación en el vientre materno) y el nacimiento a término (fecha probable de parto, indicado por el especialista o médico tratante), con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad; al considerar que no se puede señalar una semana fija y menos, generalizarla como nacimiento a término, por cuanto el momento natural de nacimiento lo determina de manera individualizada el proceso de evolución en el que se encuentran la madre y el nasciturus.

Así las cosas, para liquidar la licencia de maternidad respecto de madres de niños prematuros, se deberá tener en cuenta la diferencia entre la edad gestacional (formación en el vientre materno) y el nacimiento a término (fecha probable del parto determinada por el especialista), con el fin de establecer en cuantas semanas, adicionales a las 18 a que tiene derecho toda trabajadora en la época del parto, se deberá ampliar dicha licencia.

El anterior concepto tiene los efectos determinados en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁵.

Cordialmente,

KIMBERLY ZAMBRANO GRANADOS

Subdirectora de Asuntos Normativos

Dirección Jurídica

Proyectó: Yamile O
Revisó/ Aprobó: Kimberly Z.

c:\users\yospina\desktop\14 diciembre\licencia de maternidad nacimientos prematuros nelly pardo 201742302373342.docx02/01/2018 03:20 p. m.

⁵Por 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.