

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

Bogotá D.C.

Asunto: Consulta relacionada con el reconocimiento de una licencia de maternidad cuando se presenta ajuste salarial.
Radicado. 202342302303612.

Respetada señora;

En atención a su consulta, trasladada por competencia por parte del Ministerio de Trabajo a esta cartera, y en donde eleva una consulta relacionada con una licencia de maternidad cuando se presenta ajuste salarial, nos permitimos señalar:

ANTECEDENTES

La consulta se plantea en los siguientes términos:

“Estoy De Licencia Por Maternidad(lm) Desde 27/05/2023, la Empresa No Realizó Aumento De Salario En Enero2023 Ya Que Estaban Esperando El Acuerdo De La Convención Laboral Que Cobija Al Contrato 8605732 Que Sostiene Massy Energy Con Ecopetrol - Refinería Cartagena; finalmente, el Acuerdo Con La Uso Se Da En Julio2023 Y Es Cuando Realizan El Retroactivo; en Mi Caso Particular La Empresa Manifiesta Que Solo Me Corresponde El Retroactivo De Ene-mayo2023 Y Que El Nuevo Salario Me Lo Dan Cuando Regrese De Lm, ya Que Durante Mi Periodo De Lm Me Seguirán Pagando Con El Ibc Del Salario Último Reportado, O Sea El Del 2022 Y No El Vigente Que Se Dio Bajo La Convención Laboral En Julio2023 (posterior A Mi Parto).la Empresa Me Compartió Planillas De Pago De Ene-jul2023 Y Se Evidencia Que En El Mes De Julio Reportan Todo El Retroactivo (ene- mayo2023,no Lo Hicieron Mes A Mes) Y Me Siguen Pagando La Lm Con Un Salario Que No Corresponde Al Actualizado, Pero Aun Asi Me Dieron Retroactivo Del Nuevo Salario, pero Insisten En Que No Les Corresponde Pagarme El Nuevo Salario Durante Mi Lm Porque El Artículo 236-ley 2114 De 2021 Los Obliga A Pagar Bajo El Último Salario Reportado; lo Cual Si Bien Es Cierto, no Es Lo Justo En Mi Caso Ya Que Los Tiempos De Actualización Del Salario Que Me Corresponde No Se Dieron Antes De Mi Periodo Lm Por Cuestiones De La Convención Laboral Y Asuntos Administrativos Que No Deben Afectar Mis Ingresos, por Ello Le Solicité A La Empresa Que Revisarán Mi Caso Particular Pero Aun Así, insisten En Que No Les Compete Y Que La Eps No Reconocerá Valores Adicionales. (...)”

PROBLEMA JURÍDICO

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

El problema jurídico se circunscribe a orientar normativamente a la peticionaria sobre el pago y reconocimiento de la licencia de maternidad en los eventos en los cuales se realizan ajustes salariales posteriores a la causación de la prestación económica.

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. 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)

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.

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

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 Capitación 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:

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

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”

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

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 ibidem, 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.

Quando 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)

Ahora, el artículo 2.2.3.4.6 del Decreto 780 de 2016, establece frente a los aportes o correcciones al IBC posteriores a la causación de la prestación económica, lo siguiente:

“ARTÍCULO 2.2.3.4.6 Aportes o correcciones al IBC posteriores a la causación de la prestación económica. Las correcciones al IBC y los aportes efectuados con posteridad a la fecha de inicio de la licencia de maternidad o paternidad o de la incapacidad de origen común, darán lugar a la reliquidación de la prestación, únicamente en los casos de ajuste salarial, soportado ante la EPS o la entidad adaptada.” (Subrayado y negrita 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 periodo de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho periodo, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

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:

“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. (...)”

RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

La normatividad citada en el presente concepto establece en términos generales el trámite y las condiciones exigibles 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.

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

Dicho lo anterior, y para dar una respuesta al problema jurídico planteado en su escrito, 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, siempre y cuando se cumplan la condiciones mencionadas en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016.

Al punto, es prudente mencionar que el artículo 2.2.3.4.6 del Decreto 780 de 2016 prevé para los casos en los cuales es necesario realizar aportes o ajustar el IBC, de forma posterior a la causación de una prestación económica, que dicho ajuste dará lugar a la reliquidación de la prestación únicamente en los casos en que se presente un incremento salarial, el cual debe ser reportado ante la EPS o entidad adaptada a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes.

De acuerdo con lo anterior, es claro que en el evento en que se presenta un ajuste salarial que modifica el IBC reportado al momento de iniciar la licencia de maternidad, tal y como es expresado en su escrito, y que es posterior a la causación de la licencia, procederá la reliquidación de dicha prestación económica por parte de la EPS, en atención a la corrección del IBC que se hubiere efectuado en la planilla de aportes PILA, lo cual dará lugar a que se realice el pago de la licencia con el nuevo valor ajustado del IBC.

Por último, en dado caso de surgir una controversia entre usted, su empleador y la EPS por el pago de la prestación económica objeto de consulta, esta podrá ser resuelta por la jurisdicción ordinaria en virtud de lo dispuesto en el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012 *“Por medio del cual se expide el Código General del Proceso”*, que conoce en sus especialidades laboral y de seguridad social, de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.

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 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*

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.”*

202311602305321

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305321**

Fecha: **02-11-2023**

no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente;