

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

Bogotá D.C.

Asunto: Consulta respecto al reconocimiento y pago de licencia de maternidad de una persona que no cotizó todo el tiempo de gestación.
Radicado. 202342302158292.

Respetado señor;

En atención a su consulta trasladada por competencia a esta cartera por parte del Ministerio de Trabajo, 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 en los siguientes términos:

“En el supuesto en que una mujer en estado de embarazo no cotizó todo el tiempo de gestación, sírvase explicar (i) Si el empleador tiene la obligación de pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la totalidad del salario devengado al momento del inicio de la licencia, y si este luego podrá recobrar la totalidad de este salario a la EPS, o (ii) Si el empleador tiene la obligación de pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la totalidad del salario devengado al momento del inicio de la licencia, y solo puede recobrar una proporción a la EPS. (iii) Si el empleador debe pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la proporción que la trabajadora ha cotizado por el tiempo de gestación y esto será lo que reconocerá la EPS. (iv) En caso de que el valor a pagar sea proporcional al periodo de cotización de la trabajadora, sírvase a informar cuales son los medios respecto de los cuales el empleador puede corroborar el tiempo exacto de cotización durante el periodo de gestación.”

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a orientar normativamente al peticionario sobre el pago y reconocimiento de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que la madre en estado de embarazó no cotizó durante todo el tiempo que duró la gestación.

FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

Ministerio de Salud y Protección Social

Dirección: Carrera 13 No. 32 - 76, Bogotá D.C., Colombia

PBX: (+57) 601 330 5000

Línea Gratuita: (+57) 01 8000 960020 – www.minsalud.gov.co

Página | 1

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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)

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

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.

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

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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. (...) (Subrayado fuera de texto)

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

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

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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.

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, 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:

(...)

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

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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.”

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:

“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

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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”.

(...)

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

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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

Para dar respuesta el problema jurídico planteado, se procede a transcribir las inquietudes formuladas en la consulta, así:

¿Si el empleador tiene la obligación de pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la totalidad del salario devengado al momento del inicio de la licencia, y si este luego podrá recobrar la totalidad de este salario a la EPS?

¿Si el empleador tiene la obligación de pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la totalidad del salario devengado al momento del inicio de la licencia, y solo puede recobrar una proporción a la EPS?

¿Si el empleador debe pagarle a la trabajadora como licencia de maternidad la proporción que la trabajadora ha cotizado por el tiempo de gestación y esto será lo que reconocerá la EPS?

Dando respuesta a las inquietudes formuladas en su escrito, debe señalarse que 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, el cual también establece que en los casos en que la afiliada hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación, se le 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.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-526 de 2019, en donde se aclara frente al pago de la licencia de maternidad que: *“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*

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.”

Conforme lo señalado anteriormente, se precisa que en el evento en el que la mujer en estado de embarazo ha cotizado al Sistema General de Seguridad Social en Salud por menos semanas que las correspondientes a la gestación, la EPS realizará el pago de la licencia completa si solo faltaron dos (2) meses de cotización o de forma proporcional, en los eventos en que a la trabajadora le faltaren por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación, esto, en concordancia con la jurisprudencia citada en el párrafo anterior.

Así las cosas, desde el punto de vista conceptual y frente al caso de la trabajadora que ha cotizado un período inferior al de la gestación, el empleador pagará la licencia teniendo en cuenta el criterio expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia transcrita, siendo ese mismo monto el que será reconocido por la EPS. Al punto, es necesario precisar que no hay ninguna disposición normativa o jurisprudencia que endilgue una obligación al empleador de asumir la diferencia entre lo que reconozca de forma proporcional la EPS y lo devengado por la trabajadora al momento de iniciar su licencia de maternidad.

¿En caso de que el valor a pagar sea proporcional al periodo de cotización de la trabajadora, sírvase a informar cuales son los medios respecto de los cuales el empleador puede corroborar el tiempo exacto de cotización durante el periodo de gestación.?

Respecto de los aportes al SGSSS, se indica que cada empleador realiza el pago de aportes a sus trabajadores a través de la Planilla Integrada de Liquidación de Aportes (PILA), la cual es una ventanilla virtual que permite el pago integrado de aportes y será el medio por el cual se evidencie la información relacionada con el Ingreso Base de Cotización – IBC, de conformidad con lo establecido en la Resolución 2388 de 2016⁶ y sus respectivos anexos técnicos. Asimismo, podrá valorar directamente con la EPS de la trabajadora el estado de los aportes recibidos por la misma.

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 2015⁷ en cuanto

⁶ “Por la cual se unifican las reglas para el recaudo de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Parafiscales.”

⁷ “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.”

202311602295581

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602295581**

Fecha: **01-11-2023**

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;