

202311601075571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311601075571**

Fecha: **06-06-2023**

Bogotá D.C.

URGENTE

Asunto: Consulta respecto al pago de la licencia de maternidad.
Radicado. 202342300804492

Respetada señora xxxxxx;

En atención a su comunicación, trasladada por parte del Ministerio de Justicia y del Derecho por competencia a este ministerio, y en la cual indica:

“Atentamente solicito a ustedes ayuda con la siguiente consulta relacionada con la licencia de maternidad como trabajadora independiente: Si dejé de trabajar en el mes del parto y, por lo tanto, ese mes coticé solo sobre el salario mínimo, aunque mi IBC de los 12 meses anteriores era mucho mayor, ¿Cómo se calcula el pago de la licencia? ¿Cuál es la normativa que lo regula?”

Sobre lo consultado, debe señalarse que de conformidad con el Decreto Ley 4107 de 2011¹ modificado por los Decretos 2562 de 2012² y 1432 de 2016³, este Ministerio tiene como finalidad primordial la formulación y adopción de políticas, planes generales, programas y proyectos relacionados con el sector salud y Sistema General de Seguridad Social en Salud-SGSSS, según el artículo 7 del Decreto Ley 4107 de 2011, esta Dirección Jurídica tiene por competencia emitir conceptos sobre la aplicación de las normas del SGSSS, por consiguiente, los pronunciamientos que expide esta dependencia son de carácter general y no particular, por lo que no resuelven ni se constituyen como prueba en casos específicos.

En este punto es pertinente señalar que de conformidad con el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011⁴ sustituido por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁵, 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, ya que estos no tienen decisiones que produzcan efectos jurídicos, es decir que creen, modifiquen o extingan alguna situación en particular, y así lo ha señalado la Corte Constitucional en diferentes pronunciamientos, al caso, se cita lo dispuesto en las Sentencias C-487/96⁶ y C-542/05⁷:

“Sentencia C-487/96:

“Los conceptos no constituyen, en principio, una decisión administrativa, es decir, una declaración que afecte la esfera jurídica de los administrados, en el sentido de que se les imponga mediante ellos deberes u obligaciones o se les otorguen derechos. Cuando se produce a instancia de un interesado, éste queda en libertad de acogerlo o no y, en principio, su emisión no compromete la

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 el cual se modifica la estructura del Ministerio de Salud y Protección Social.”

⁴ Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁵ Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

⁶ Magistrado Ponente: Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

⁷ Magistrado Ponente: Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO.

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

202311601075571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311601075571**

Fecha: **06-06-2023**

responsabilidad de las entidades públicas, que los expiden, ni las obliga a su cumplimiento o ejecución.

Sentencia C-542/05:

Los conceptos no configuran, en principio, decisiones administrativas pues no se orientan a afectar la esfera jurídica de los administrados, esto es, no generan deberes u obligaciones ni otorgan derechos. En el evento que el concepto se emita a solicitud de un interesado, éste tiene la opción de acogerlo o no acogerlo.

(...) Los conceptos emitidos por las entidades públicas en respuesta a un derecho de petición de consultas de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 25 del Código Contencioso Administrativo, insistimos, son orientaciones, puntos de vista, consejos y cumplen tanto una función didáctica como una función de comunicación fluida y transparente.”

Hecha la precisión anterior, se indica que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011⁸, el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017⁹ y el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021¹⁰ 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. Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 1822 de 2017.

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)

⁸ Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁹ 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.

¹⁰ 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.

202311601075571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311601075571**

Fecha: **06-06-2023**

Al respecto, la norma en salud establece en el artículo 207 de la Ley 100 de 1993¹¹, 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, lo siguiente:

“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 de la licencia de maternidad por parte de las EPS, se precisa que el Decreto 780 de 2016¹², Único Reglamentario del Sector Salud, dispone en su artículo 2.2.3.2.1 respecto de las condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, 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 Jugar.

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 de la norma, 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 EPS, el artículo 2.2.3.2.9 del mencionado decreto, indica:

¹¹ “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

¹² “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”

202311601075571

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311601075571**

Fecha: **06-06-2023**

“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, entendiendo 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)

De acuerdo con lo anterior, el monto que será reconocido por parte de la EPS por la licencia de maternidad corresponderá al ingreso base de cotización - IBC reportado al iniciar dicha licencia, y será el valor que se pagará durante toda la licencia hasta su terminación. De tal forma que, deberá validar el IBC reportado en su planilla de aportes a seguridad social en el momento en que inició su licencia de maternidad.

Dicho esto, se indica que en los casos en los que surge una controversia por el reconocimiento y pago de una prestación económica entre la EPS y el aportante o empleador, 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 2015¹³ 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;

¹³ 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.