



**Función Pública**

## Concepto 28241 de 2019 Departamento Administrativo de la Función Pública

\*20196000028241\*

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20196000028241

Fecha: 04-02-2019 05:06 pm

Bogotá D.C.

REF. SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Reconocimiento de licencia de maternidad. ¿Se debe reconocer la licencia de maternidad a una funcionaria que laboró de manera transitoria? RAD: 20182060349552 del 19 de diciembre de 2018.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual consulta si es procedente reconocer y o pagar la licencia por maternidad a una supernumeraria que laboró de manera transitoria en la entidad, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero en advertirse que los artículos 43 y 50 de la Constitución Política, la mujer goza de especial asistencia y protección durante el embarazo y después del parto; y todo niño menor de un año tiene derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado, siempre que no esté cubierto por algún tipo de protección o seguridad social.

Por su parte, el artículo 162 de la Ley 100 de 1993 "Por la cual se crea el Sistema de Seguridad Social Integral", determina que el Plan Obligatorio de Salud - POS, en su artículo 207 señala que las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo, reconocerán y pagarán a sus afiliadas la licencia por maternidad de conformidad con las disposiciones legales vigentes.

De acuerdo con lo anterior, las Empresas Promotoras de Salud del Régimen Contributivo, son las encargadas de reconocer y pagar las licencias de maternidad, no el empleador.

Ahora bien, respecto al reconocimiento y pago de la prestación económica por parte de las Entidades Promotoras de Salud, deberán tenerse en cuenta las condiciones establecidas en el numeral 2 del artículo 3 del Decreto 047 de 2000, cuyo texto establece lo siguiente:

"2. Licencias por Maternidad: para acceder a las prestaciones económicas derivadas de la licencia de maternidad la trabajadora deberá, en calidad de afiliada cotizante, haber cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso, sin perjuicio de los demás requisitos previstos para el reconocimiento de prestaciones económicas, conforme las reglas de control a la evasión.

En observancia de lo anterior, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto a la flexibilización de algunos de los requisitos establecidos por el legislador, como es el caso de la aplicación del período mínimo de cotización. Al respecto es pertinente recordar lo que señaló en Sentencia T-1223 de 2008, así:

“En las diferentes salas de tutela de la Corte Constitucional se ha venido aplicando, una regla para definir si el pago de la licencia de maternidad ordenado debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas, dependiendo de cuánto tiempo fue dejado de cotizar: si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos 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.

-

(...)

La jurisprudencia ha sido entonces uniforme en la aplicación de la regla del pago proporcional cuando una mujer ha dejado de cotizar más de dos meses del período de gestación, pero existen discrepancias en cuanto a la interpretación que se hace del número de semanas que conforman los dos meses, así:

(i) dos meses corresponden a 8 semanas (T-530 de 2007)

(ii) dos meses corresponden a 10 semanas (T-971 de 2007)

Ninguna de estas reglas ha estado acompañada de una argumentación que exponga las razones para adoptar una u otra convención. Esta diferencia es relevante porque de ella depende el pago completo o el pago proporcional de la licencia de maternidad. Tampoco se puede deducir qué criterios respaldan estas reglas ya que por una parte, los meses de gestación se encuentran conformados por 4 semanas de 7 días, es decir por 28 días, mientras que los meses de cotización al SGSSS se encuentra conformados por 30 días, es decir por 4.3 semanas de 7 días. Esta discrepancia en la manera de contar los meses de gestación y la manera de contar los meses de cotización genera una desventaja para las mujeres ya que nueve meses de gestación corresponden a menos días que nueve meses de cotización, según lo visto antes.

Resolver esta diferencia y adoptar un sistema que tenga en cuenta el tiempo real que dura la gestación y que defina reglas sobre el pago de la licencia, es competencia del regulador. Por esta razón, en la parte resolutive de esta providencia se ordenará al Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud que adopte medidas que tengan en cuenta el tiempo real que dura la gestación, frente al tiempo que se exige cotizar al sistema de salud.

En la presente sentencia se aplicará la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas. Esta decisión se adopta con base en el principio pro homine, según el cual debe acogerse aquella decisión que en mayor grado proteja los derechos, en este caso, los derechos de las mujeres y de los menores afectados por el no pago de la licencia de maternidad.”

Teniendo en cuenta la anterior jurisprudencia de la Corte Constitucional, deberá verificarse los periodos cotizados a la respectiva Entidad Promotora de Salud, para poder determinar la forma como procede el reconocimiento de la respectiva licencia de maternidad.

Bajo ese entendido, si a la interesada le faltaron dos meses por cotizar en el Sistema, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa; y si faltaron más de 2 meses por cotizar, se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que se cotizó.

Así las cosas, el reconocimiento y pago de esa prestación social se debe hacer teniendo en cuenta los periodos cotizados por ella durante el periodo de gestación y bajo las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia de referencia.

En caso de requerir información adicional, podrá dirigirse al Ministerio de Salud y de la Protección Social, con el fin de obtener un pronunciamiento sobre el particular.

Para mayor información respecto a temas del empleo público, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema objeto de su consulta, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

JOSE FERNANDO CEBALLOS ARROYAVE

Asesor con Funciones de la Dirección Jurídica

LFN/ CDPC /JFCA

11602.8.4

---

*Fecha y hora de creación: 2024-12-04 13:46:05*