



Función Pública

Concepto 296291 de 2021 Departamento Administrativo de la Función Pública

20216000296291

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20216000296291

Fecha: 20/08/2021 06:25:37 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Reconocimiento de licencia de maternidad. ¿Se debe reconocer la licencia de maternidad a una funcionaria que laboró de manera transitoria? Radicación No. 20212060525632 del 15 de julio de 2021.

En atención a su comunicación de la referencia, mediante la cual presenta diferentes inquietudes relacionadas con el cobro de las incapacidades, me permito indicarle que las mismas serán resueltas en el orden en que fueron presentadas así:

INCAPACIDADES MEDICAS:

1. ¿Es procedente que la entidad pública descuente directamente el valor de la incapacidad que fue pagada directamente al empleado y que no ha sido reintegrado por la EPS? ¿La entidad podría requerir al empleado para el reembolso de la incapacidad?

Con el fin de brindar información normativa, relacionada con el caso presentado me permito, se debe tener en cuenta que:

-

a. Trascripción de incapacidades médicas.

El concepto No. 182 del 2004 del Ministerio de la Protección Social, sobre las trascripción de incapacidades establece:

“Así las cosas y expuesta la normatividad anterior, se tiene que por disposición legal las incapacidades son reconocidas por el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de las Entidades Promotoras de Salud, razón por la cual, es claro que siendo las EPS las que deben reconocer en principio las incapacidades, estas deben ser expedidas por los médicos de dicha entidad o de su red prestadora.

No obstante lo anterior, si una incapacidad ha sido expedida por un médico no autorizado para ello por la EPS, se ha consagrado la figura de la transcripción de la incapacidad, según la cual, la incapacidad expedida se traslada al formulario oficial de la EPS donde está afiliada la persona y

con fundamento en esto, se procede al reconocimiento de la misma.

Por lo anteriormente expuesto, se concluye que toda incapacidad expedida por el médico u odontólogo no autorizado para ello por la EPS, debe ser transcrita en los términos y condiciones que señale para el efecto cada EPS y si ello no ocurrió, la incapacidad no será válida y el empleador no debe aceptarla.”

Por lo tanto la transcripción de incapacidades, se hará bajo los parámetros establecidos por cada empresa prestadora de servicios en salud EPS, según las oportunidades y mecanismos que determinen su aceptación.

b. Descuento directo de nómina.

El Decreto 1083 de 2015 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública” establece:

“(…)

ARTÍCULO 2.2.5.5.11 Otorgamiento de la licencia por enfermedad. La licencia por enfermedad se autorizará mediante acto administrativo motivado, de oficio o a solicitud de parte, previa la certificación expedida por autoridad competente.

Una vez conferida la incapacidad, el empleado está en la obligación de informar a la entidad allegando copia de la respectiva certificación expedida por la autoridad competente.

PARÁGRAFO. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, se adelantará de manera directa por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS, de conformidad con lo señalado en el Artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. (Negrilla nuestra)

ARTÍCULO 2.2.5.5.13 Prestaciones económicas derivadas de las licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. Durante la licencia por enfermedad general o profesional, maternidad o paternidad el empleado tiene derecho a las prestaciones económicas señaladas en la normativa que las regula, las cuales estarán a cargo de la entidad de seguridad social competente.

Cuando la licencia por enfermedad general sea igual o inferior a dos (2) días se remunerará con el 100% del salario que perciba el servidor. A partir del tercer día la licencia por enfermedad genera vacancia temporal en el empleo y se remunerará de conformidad con las normas de Seguridad Social en Salud.

El Decreto 19 de 2012 “Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública”, en su Artículo 121 sobre el trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, establece:

“El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia”. (Negrilla nuestra)

Así las cosas y teniendo en cuenta que es obligación del empleado informa al empleador sobre la expedición de la incapacidad, la cual debe

llenar los requisitos de expedición por autoridad competente, es decir por la empresa promotora de salud a la cual este afiliado el empleado y en caso de incapacidades de médicos particulares debidamente trascrita por la EPS.

ARTÍCULO 2.2.31.5. Descuentos prohibidos. *Queda prohibido a los habilitados, cajeros y pagadores, deducir suma alguna de los salarios que corresponden a los empleados oficiales.*

Dichas deducciones sólo podrán efectuarse en los siguientes casos:

a) *Cuando exista un mandamiento judicial que así lo ordene en cada caso particular, con indicación precisa de la cantidad que debe retenerse y su destinación; y*

b) *Cuando la autorice por escrito el empleado oficial para cada caso, a menos que la deducción afecte el salario mínimo legal o la parte inembargable del salario ordinario, casos estos en los cuales no podrá hacerse la deducción solicitada.*

ARTÍCULO 2.2.31.6. Deducciones permitidas. *Quedan autorizados los habilitados, cajeros y pagadores, para deducir de los salarios las sumas destinadas a lo siguiente:*

a) *A cuotas sindicales, conforme a los trámites legales respectivos.*

b) *A los aportes para la entidad de previsión social a la cual esté afiliado el empleado oficial.*

c) *A cubrir deudas y aportes a cooperativas de las cuales sea socio el empleado oficial, dentro de los límites legales.*

d) *A satisfacer el valor de sanciones pecuniarias impuestas al empleado oficial, con sujeción a los procedimientos que regulen esta especie de sanción disciplinaria, y*

e) *A cubrir deudas de consumo contraídas con almacenes y servicios de las cajas de subsidio familiar, en la proporción establecida para las cooperativas.*

2. Cuando de los valores reconocidos por la EPS y/o ARL a título de incapacidad y/o licencias resulten diferencias o valores muy bajos, ¿podrá la entidad pública castigar o depurar esa cartera? ¿Existe un monte máximo para esos efectos

Es importante recordar que a este Departamento Administrativo de acuerdo con lo establecido en el Decreto 430 de 2016, le compete formular las políticas generales de Administración Pública, en especial en materias relacionadas con empleo público, la gestión del talento humano, la gerencia pública, el desempeño de las funciones públicas por los particulares, la organización administrativa del Estado, la planeación y la gestión, el control interno, la participación ciudadana, la transparencia en la gestión pública y el servicio al ciudadano, razón por la cual no es de nuestra competencia este interrogante, por lo anterior, esta pregunta será trasladada a la Superintendencia de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, la cual, en el marco de la funciones establecida en el literal g) del Artículo 41 de la Ley 1122 del 2007, adicionado por el Artículo 126 de la Ley 1438 del 2011, podrá dar respuesta a su interrogante.

3. Cuando por efectos del principio de solidaridad exista una orden de tutela que obligue a la entidad pública a pagar cotizaciones al Sistema de seguridad social en salud de una persona que no es servidor público o quien no tiene el vínculo laboral para tales efectos, en los casos en que se generen incapacidades médicas de origen común ¿quién asumirá el pago de los dos (2) primeros días, toda vez que la entidad pública no funge en estricto sentido como empleador?

En cuanto al derecho de tutela, la Constitución política, señala:

“ARTÍCULO 86. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.

La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo.

El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión. (...) (Destacado nuestro)

Sobre el reconocimiento de derechos ordenados por sentencia judicial emanada de los jueces de tutela, el Decreto 2591 de 1991¹, señala:

“ARTÍCULO 23. PROTECCION DEL DERECHO TUTELADO. Cuando la solicitud se dirija contra una acción de la autoridad el fallo que conceda la tutela tendrá por objeto garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible.

Cuando lo impugnado hubiere sido la denegación de un acto o una omisión, el fallo ordenará realizarlo o desarrollar la acción adecuada, para lo cual se otorgará un plazo prudencial perentorio. Si la autoridad no expide el acto administrativo de alcance particular y lo remite al juez en el término de 48 horas, éste podrá disponer lo necesario para que el derecho sea libremente ejercido sin más requisitos. Si se hubiere tratado de una mera conducta o actuación material, o de una amenaza, se ordenará su inmediata cesación, así como evitar toda nueva violación o amenaza, perturbación o restricción.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto.” (Destacado nuestro)

“ARTÍCULO 27. CUMPLIMIENTO DEL FALLO. Proferido el fallo que concede la tutela, la autoridad responsable del agravio deberá cumplirla sin demora.

Si no lo hiciere dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes, el juez se dirigirá al superior del responsable y le requerirá para que lo haga cumplir y abra el correspondiente procedimiento disciplinario contra aquél. Pasadas otras cuarenta y ocho horas, ordenará abrir proceso contra el superior que no hubiere procedido conforme a lo ordenado y adoptará directamente todas las medidas para el cabal cumplimiento del mismo. El juez podrá sancionar por desacato al responsable y al superior hasta que cumplan su sentencia.

Lo anterior sin perjuicio de la responsabilidad penal del funcionario en su caso.

En todo caso, el juez establecerá los demás efectos del fallo para el caso concreto y mantendrá la competencia hasta que esté completamente restablecido el derecho o eliminadas las causas de la amenaza. (Subrayado fuera de texto)

“ARTÍCULO 28. ALCANCES DEL FALLO. El cumplimiento del fallo de tutela no impedirá que se proceda contra la autoridad pública, si las acciones u omisiones en que incurrió generaren responsabilidad.

La denegación de la tutela no puede invocarse para excusar las responsabilidades en que haya podido incurrir el autor del agravio.

“ARTÍCULO 31. IMPUGNACIÓN DEL FALLO. Dentro de los tres días siguientes a su notificación el fallo podrá ser impugnado por el Defensor del Pueblo, el solicitante, la autoridad pública o el representante del órgano correspondiente, sin perjuicio de su cumplimiento inmediato. (Destacado nuestro)

Los fallos que no sean impugnados serán enviados al día siguiente a la Corte Constitucional para su revisión.”

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional integrada por los Magistrados Adriana María Guillén Arango (E), Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, expedieron el auto 132 de 2012, sobre el cumplimiento de la sentencia de tutela T-013 de 2011. Al respecto indicaron:

“En su jurisprudencia esta Corte ha establecido que de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 86 de la Constitución, los fallos de tutela deben cumplirse de forma inmediata y tal cual como fue ordenado en su parte resolutive, sin perjuicio de que el mismo pueda ser impugnado y llevado a revisión de la Corte Constitucional. Este deber de cumplimiento inmediato se justifica en la medida en que está en juego el carácter normativo de la Constitución, así como la protección de otros derechos de carácter fundamental, a parte del protegido mediante el fallo y la realización de los fines del Estado. Adicionalmente y respecto del cumplimiento de los fallos de tutela esta Corporación también ha establecido que los mismos deben cumplirse de buena fe, circunscribiéndose a lo establecido en las precisas órdenes emitidas en el fallo de tutela así como en la ratio decidendi de la misma. Igualmente se debe cumplir el mismo prestando atención al principio del efecto útil de la sentencia, procurando hacer efectivo el derecho material.

(...)

El Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, establece la posibilidad de impugnar el fallo de tutela, eventualidad que no impide dar cumplimiento inmediato al fallo de tutela. Es decir, la impugnación se concede en efecto devolutivo y no en el suspensivo, así como también la revisión por parte de la Corte Constitucional (Artículo 35 del Decreto 2591 de 1991), por cuanto no es posible suspender los efectos del fallo hasta tanto decida el ad quem o la misma Corte en la eventual revisión y ello se debe a lo establecido en el Artículo 86 de la Carta Política cuyo objetivo principal es la protección inmediata de los derechos fundamentales.” (Destacado fuera del texto)

En igual sentido, la misma corporación con magistrado ponente Hernando Herrera Vergara², señaló:

“La apelación de sentencias de tutela se debe conceder en el efecto DEVOLUTIVO, por cuanto no está permitido al a-quo suspender los efectos del fallo hasta que se resuelva el asunto en segunda instancia. Si bien un fallo de tutela en primera instancia puede ser recurrido por cualquiera de las partes dentro de los términos establecidos por la ley, su cumplimiento por éstas es obligatorio mientras se surte la segunda instancia, la cual, de confirmarlo, dejará en firme la actuación del a-quo, pero en caso de revocarlo, dejará sin efectos totales o parciales el fallo objeto de apelación, y producirá otros, los cuales las partes deberán acatar.” (Destacado fuera del texto)

De acuerdo con las anteriores disposiciones constitucionales, legales y jurisprudenciales, toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad. El fallo que se profiera en tal virtud será de inmediato cumplimiento.

En consecuencia, para el caso que nos ocupa, es claro que las sentencias de tutela deben cumplirse de inmediato atendiendo los estrictos términos en los que fueron dictados, dentro de los términos legalmente establecidos, así mismo la entidad tiene la facultad de pedir la aclaración correspondiente.

4. En caso en que la EPS se niega a transcribir una incapacidad medica de 15 días, expedida por médico particular medicina pre pagada, planes complementarios o médicos a domicilio ¿Podrá considerarse como justa causa frente al ausentismo laboral?

En el evento de no contar con la respectiva incapacidad con el lleno de los requisitos exigidos para su reconocimiento, debe entrarse a examinar la viabilidad de efectuar el pago de salarios de los días en los cuales el servidor ha estado supuestamente incapacitado por los tres primeros días.

Aquí es importante indicar que mediante el Decreto 1737 del 15 de mayo de 2009, el Gobierno Nacional señaló la imposibilidad de que se puedan realizar pagos por servicios no prestados al disponer lo siguiente:

“ARTÍCULO 1º, El pago de la remuneración a los servidores públicos del Estado corresponderá a servicios efectivamente prestados, los cuales se entenderán certificados con la firma de la nómina por parte de la autoridad competente al interior de cada uno de los organismos o entidades.

ARTÍCULO 2º. El jefe inmediato deberá reportar al jefe de personal, o a quien haga sus veces, la inasistencia a laborar del personal a su cargo. La ausencia de este reporte será sancionada de conformidad con lo señalado en la Ley 734 de 2002.

El servidor público que no concurra a laborar, dentro de los dos días hábiles siguientes deberá informar a la dependencia de talento humano o a la que haga sus veces, los motivos que ocasionaron su ausencia. Cuando los motivos no constituyan justa causa de conformidad con las normas legales o no se justifique la inasistencia, el funcionario responsable de ordenar el gasto deberá descontar el día o los días no laborados.

El descuento se hará sin perjuicio de las actuaciones que se deriven del incumplimiento de los deberes inherentes a la condición de servidores públicos, previsto en la normatividad vigente”.

Por lo tanto, los pagos por sueldos a los servidores del Estado serán por servicios rendidos, y los funcionarios encargados de certificar los servicios rendidos por los empleados públicos y trabajadores oficiales estarán obligados a ordenar el descuento de todo día no trabajado sin la correspondiente justificación legal.

Frente al tema de descuento de días dejados de laborar sin justa causa, la Corte Constitucional en la sentencia [T-1059](#) del 05 de octubre de 2001, M.P. Jaime Araújo Rentarías, afirmó:

“(…) La remuneración a que tiene derecho el servidor público como retribución por sus servicios personales, en razón a un vínculo legal y reglamentario existente entre éste y el Estado, presupone el correlativo deber de prestar efectivamente el servicio, de acuerdo a las normas legales y reglamentarias que rigen la administración del personal al servicio del Estado. Por lo tanto, no existe en cabeza del servidor público el derecho a la remuneración por los días no laborados sin justificación legal y por ende, tampoco surge para el Estado la obligación de pagarlos. De hacerlo se incurriría en presuntas responsabilidades penales y disciplinarias, procediendo el descuento o reintegro de las sumas canceladas por servicios no rendidos, por resultar contrario a derecho.

Operativamente el pago del salario a los servidores públicos se realiza a través de una nómina suscrita por los funcionarios competentes en cada entidad y acorde a lo dispuesto en el Artículo 2º del Decreto 1647 de 1967, debe el funcionario a quien corresponda certificar que los servicios se prestaron efectivamente, producir y comunicar la novedad relacionada con la ausencia y por ende el descuento por días no laborados sin justificación legal. Pues, no existe causa legal para su pago.

En el Decreto aludido, no se observa la exigencia de formalidad sustancial o procedimiento especial para aplicar el descuento o no pago que procede ipso jure, cuandoquiera que un servidor público no presta el servicio a que se encuentra obligado sin justificación de ley.(…)”.

La Corte Constitucional ha señalado que resulta improcedente reconocer y pagar salarios por servicios no prestados efectivamente a la Entidad sin justificación legal, toda vez que ello implicaría permitir un enriquecimiento sin causa a favor del servidor, en detrimento de la administración pública (Sentencias [T -927](#) del 10 de octubre de 2003 y [T -331 A](#) del 2 de mayo de 2006).

Teniendo en cuenta lo anterior, en criterio de esta Dirección no es posible el pago de salarios y prestaciones sociales del empleado durante el tiempo en el que no ejerció su empleo sin justificación legal, al no tener una incapacidad trascrita por su empresa prestadora de salud, que acredite la situación administrativa en que se encontraba y que justificara su ausencia a laboral.

Por consiguiente, como quiera que no se presto el servicio no habrá lugar al pago de salario, por cuanto éste se percibe por la prestación efectiva del mismo.

LICENCIA DE MATERNIDAD

Para atender los interrogantes número 1 y 2 relacionados en su escrito con la licencia de maternidad me permito informar que:

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 Artículo 78 Decreto 2353 de 2015, *“por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud.”*, cuyo texto establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 78. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Cuando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se 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.

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP) y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.”

A su turno, 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 la empleado y la entidad durante el periodo de gestación y bajo las reglas establecidas por la Corte Constitucional en la Sentencia de referencia.

Por lo anterior, en caso de que la licencia de maternidad sea cancelada de manera proporcional o la totalidad, la entidad deberá solicitar el recobro de la misma manera de igual manera ante la EPS.

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

Frente a su interrogante numero 3 del acápite de Licencia de maternidad, reiteramos la respuesta otorgada en el presente documento en el literal b denominado "*Descuento directo de nómina.*"

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web www.funcionpublica.gov.co/eva en el link «Gestor Normativo» donde podrá consultar entre otros temas, los conceptos 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,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Sandra Barriga

Aprobó y reviso: Dr. Armando López Cortés

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

2. Sentencia No. T-068/95

Fecha y hora de creación: 2024-12-04 14:21:26