



Función Pública

Concepto 089481 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000089481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000089481

Fecha: 24/02/2022 08:47:15 a.m.

Bogotá D.C.

Referencia: PRESTACIONES SOCIALES. Auxilio de maternidad. Radicado: 20222060070902 del 7 de febrero de 2022.

Cordial saludo.

En atención a la radicación de la referencia, en la cual consulta:

¿Como se debe liquidar y pagar la licencia de maternidad?

¿Cuál es la base para liquidar la licencia de maternidad por parte de la entidad, el IBC del mes anterior o los factores establecidos en el Decreto 1045 de 1978?

¿Si el empleador le reconoce a la funcionaria la licencia de maternidad con el IBC del mes inmediatamente anterior porque continua la novedad de variación transitoria por bonificación de servicios, como se debe realizar el reconocimiento de seguridad social durante el pago de dicha licencia maternidad?

Se da respuesta en los siguientes términos.

En primer lugar, es importante precisar que conformidad con el Decreto [430](#) de 2016, este Departamento Administrativo, efectúa la interpretación general de la normatividad vigente, por lo tanto, no tiene competencia para intervenir en situaciones particulares de las entidades, ni dirimir conflictos o establecer derechos, razón por la cual solo se dará información general, respecto del tema objeto de consulta.

La Ley 1822 del 4 de enero de 2017, "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" establece:

ARTÍCULO 1°. El Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

"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.

(...)

6. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera:

a) Licencia de maternidad preparto, Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomarla semana previa al parto, podrá disfrutarlas dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.

b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo a lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce en caso de que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este Artículo, es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma.

(...)

El Decreto 780 de 2016, Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social establece:

"ARTÍCULO 2.1.13.1. 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. ”

En relación con el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, el Ministerio de Salud y Protección Social expidió la Circular Externa 024 de 2017, en la cual estableció:

“ Reconocimiento y pago de la licencia de maternidad.

A partir de la vigencia del Artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, modificatorio del Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, la licencia por maternidad se amplía a dieciocho (18) semanas, que se reconocerá y pagará por el Sistema General de Seguridad Social en Salud teniendo como Ingreso Base de Cotización (IBC), el reportado al inicio de la misma.

Así las cosas, para su reconocimiento y pago, en los términos de la norma precitada y de conformidad con lo establecido en el Artículo 2.1.13.1 del Decreto número 780 de 2016, es requisito que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. Cuando se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación, se reconocerá y pagará proporcionalmente, un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.

De otro lado, en caso de 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 por 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.

El empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC, correspondiendo al empleador, adicionalmente, reconocer el valor de la licencia de maternidad directamente a la cotizante.” (Subrayado nuestro)

Conforme al texto del Artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, modificatoria de los Artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo, toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época del parto.

Dicha licencia será remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar el disfrute de la misma, y si se trata 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.

Para los efectos de la licencia de maternidad, la trabajadora debe presentar al empleador un certificado médico, en el cual debe constar, el estado de embarazo de la trabajadora; la indicación del día probable del parto, y 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, lo cual incluye a los trabajadores del sector privado y a los del sector público.

Ahora bien, es importante precisar que el Artículo 33 de la Ley 1393 de 2010, por la cual se definen rentas de destinación específica para la salud, se adoptan medidas para promover actividades generadoras de recursos para la salud, para evitar la evasión y la elusión de aportes a la salud, se redireccionan recursos al interior del sistema de salud y se dictan otras disposiciones, consagra lo siguiente:

“ARTÍCULO 33. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud deben hacerse sobre la misma base de las cotizaciones efectuadas al Sistema de Riesgos Profesionales y de las realizadas al Sistema General de Pensiones. Para afiliar a un trabajador, contratista o a cualquier persona obligada a cotizar al Sistema de Riesgos Profesionales debe demostrarse que se encuentra cotizando a los Sistemas Generales de Seguridad Social en Salud y de Pensiones.

Cuando en virtud de la normativa vigente una persona no esté obligada a afiliarse y cotizar al Sistema General de Riesgos Profesionales, tales como pensionados y trabajadores independientes, no se aplicará lo previsto en el presente Artículo”.

De lo anterior se hace necesario referirse a lo dispuesto en el Decreto 1158 de 1994 “Por el cual se modifica el Artículo 6o del Decreto 691 de 1994”, que establece lo siguiente:

ARTÍCULO 1o. El Artículo 6o del Decreto 691 de 1994, quedará así:

“Base de cotización”. El salario mensual base para calcular las cotizaciones al Sistema General de Pensiones de los servidores públicos incorporados al mismo, estará constituido por los siguientes factores:

- a) La asignación básica mensual;
- b) Los gastos de representación;
- c) La prima técnica, cuando sea factor de salario;
- d) Las primas de antigüedad, ascensional de capacitación cuando sean factor de salario;
- e) La remuneración por trabajo dominical o festivo;
- f) La remuneración por trabajo suplementario o de horas extras, o realizado en jornada nocturna;
- g) La bonificación por servicios prestados;»

Ahora bien, durante el periodo de incapacidad del empleado, el empleador deberá continuar efectuando los respectivos aportes en salud y pensiones de conformidad con lo establecido en el inciso 1 del Artículo 40 de Decreto 1406 de 1999, por el cual se adoptan unas disposiciones reglamentarias de la Ley 100 de 1993, se reglamenta parcialmente el Artículo 91 de la Ley 488 de diciembre 24 de 1998, se dictan disposiciones para la puesta en operación del Registro Único de Aportantes al Sistema de Seguridad Social Integral, se establece el régimen de recaudación de aportes que financian dicho Sistema y se dictan otras disposiciones, el cual establece:

ARTÍCULO 40. Ingreso Base de Cotización durante las incapacidades o la licencia de maternidad. Durante los períodos de incapacidad por riesgo común o de licencia de maternidad, habrá lugar al pago de los aportes a los Sistemas de Salud y de Pensiones. Para efectos de liquidar los aportes correspondientes al período por el cual se reconozca al afiliado una incapacidad por riesgo común o una licencia de maternidad, se tomará como Ingreso Base de Cotización el valor de la incapacidad o licencia de maternidad según sea el caso.

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, el pago del valor de los aportes que se causen a favor del Sistema de Salud, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes, será responsabilidad de la EPS a la cual se encuentre afiliado el incapacitado. En este evento, la EPS descontará del valor de la incapacidad, el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente. El valor de los aportes que, de conformidad con lo establecido en el presente inciso, corresponde cubrir a la EPS, se adicionará al valor de la respectiva incapacidad.

En el evento de incapacidad derivada de riesgo común o de licencia de maternidad, los aportes al Sistema de Pensiones serán de cargo de los empleadores y empleados, en la proporción que establece la Ley. Cuando los empleadores opten por pagar el valor de las incapacidades que en este evento se causen, podrán repetir dicho valor contra la respectiva EPS, al igual que descontar de aquéllas el valor de los aportes al Sistema de Pensiones a cargo de sus empleados.

Serán de cargo de la respectiva administradora de riesgos profesionales, ARP, el valor de los aportes para los Sistemas de Seguridad Social en Salud y Pensiones que se causen durante los períodos de incapacidad originados por una enfermedad o accidente de carácter profesional, en la parte que de ordinario correspondería al aportante con trabajadores dependientes. En este evento, la ARP descontará del valor de la incapacidad el monto correspondiente a la cotización del trabajador dependiente.

Serán de cargo de los trabajadores independientes, la totalidad de las cotizaciones para el Sistema de Pensiones que se causen durante el periodo de duración de una incapacidad o una licencia de maternidad. En el Sistema de Salud, serán de cargo de dichos trabajadores la parte de los aportes que de ordinario corresponderían a los trabajadores dependientes, y el excedente será de cargo de la respectiva EPS.

En ningún caso el Ingreso Base de Cotización que se establece para los eventos que contempla el presente Artículo podrá ser inferior a las bases mínimas de cotización que la Ley establece para los diferentes riesgos que conforman el Sistema de Seguridad Social Integral.

Por su parte la Subdirección Técnica de pensiones y otras prestaciones del Ministerio de Salud, mediante memorando 21631400211303, manifestó lo siguiente:

[...] Lo anterior significa que el sistema general de seguridad social en salud no puede reconocer prestaciones económicas sobre ingresos o emolumentos que no fueron reportados en el IBC del servidor público, toda vez que en cumplimiento de lo dispuesto en el Artículo 207 de la ley 100 de 1993, los cálculos de provisión para el pago de las incapacidades y el reconocimientos las EPS por licencia de maternidad que hace el FOSYGA se realizan con base en el ingreso base de cotización y no sobre otros valores, lo cual rompería con el principio de equilibrio financiero sobre el cual se soporta el sistema general de seguridad social en salud.

Por lo anterior, en criterio de esta Dirección Jurídica, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por incapacidad de origen común, licencia de maternidad y licencia de paternidad a los servidores públicos se liquidará y pagará teniendo en cuenta los factores de salario establecidos en el Decreto 1158 de 1994, conforme al ingreso base de cotización del último periodo de cotización.

Respecto de su último interrogante, según la norma, el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por licencia de maternidad, se pagará teniendo en cuenta los factores de salario establecidos en el Decreto 1158 de 1994, conforme al ingreso base de cotización del último periodo de cotización.

Para mayor información relacionada con los temas de este Departamento Administrativo, le sugerimos ingresar a la página web de la entidad en el link <https://www.funcionpublica.gov.co/web/eva/gestor-normativo>, «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.

Atentamente,

ARMANDO LOPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Janne Alexandra Guzmán Quintero.

Revisó: Harold Israel Herreño.

Aprobó: Armando López Cortés.

11602.8.4

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:28:04