



Concepto 114991 de 2022 Departamento Administrativo de la Función Pública

20226000114991

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20226000114991

Fecha: 17/03/2022 01:33:48 p.m.

Bogotá D.C.

Referencia: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Licencia de Maternidad. Término y documentos exigidos para el reconocimiento de la licencia de maternidad. PRESTACIONES SOCIALES. Liquidación. Se puede solicitar el pago retroactivo de prestaciones sociales e intereses moratorios. Radicado: 20229000064622 del 03 de febrero de 2022.

Acuso recibo de su comunicación de la referencia, a través la cual realiza varios interrogantes relacionados con el reconocimiento de la licencia de maternidad y la liquidación de las prestaciones sociales y pago de intereses por mora.

Al respecto, me permito dar respuesta en los siguientes términos:

1. ¿Desde qué momento se comienza a regir la licencia de maternidad?

En primer lugar, es importante indicar que de conformidad con lo establecido en el numeral 3° del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, las disposiciones que se refieren a la licencia de maternidad en dicha norma y el artículo 239 del mismo Código, son extensivas a las trabajadoras del sector público.

Aclarado esto, se indica que el mencionado artículo en relación con la licencia en época de parto e incentivos para la adecuada atención para el recién nacido, señala:

"ARTÍCULO 236. LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO. Artículo modificado por la Ley 2114 de 2021.

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.

4. Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expirar el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre.

5. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más.

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 tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las 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 con 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 a menos 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. (...). (Subrayado fuera de texto).

Por otra parte, el Decreto 1083 de 2015, "Único Reglamentario del Sector Función Pública", dispone:

"ARTÍCULO 2.2.5.5.12 Duración de licencias por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad. La duración de la licencia por enfermedad y riesgos laborales y de la licencia de maternidad o paternidad, será por el término que se determine en el certificado médico de incapacidad, o por el fijado directamente por la ley que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador." (Subrayado nuestro)

De acuerdo con lo establecido en la norma, 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.

Dicha licencia podrá ser preparto o posparto. En caso que sea preparto, la trabajadora tiene dos opciones:

La primera es iniciar el disfrute de la licencia de maternidad una semana previa al parto, es decir que las dieciocho semanas, empezarán a contarse desde esa semana. En otras palabras, se tomará una semana previa al parto y diecisiete semanas posteriores al nacimiento. Dicho goce es de obligatorio cumplimiento salvo que el médico establezca algo diferente.

La otra opción es que la trabajadora por alguna razón médica certificada inicie su licencia dos semanas previas a la fecha probable de parto, caso en el que la licencia se contará desde las dos semanas anteriores al parto, ósea disfrutaría dos semanas antes del nacimiento y dieciséis semanas luego del parto.

Finalmente, si en caso diferente, por razón médica no puede tomar las semanas previas al parto, podrá disfrutar las dieciocho semanas en el posparto inmediato.

De igual modo, se destaca que en caso que el parto sea prematuro o pretérmino antes de las treinta y siete semanas de gestación, se deberá adicionar a las dieciocho semanas de licencia, la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término.

2. ¿Las dos semanas antes del parto es decisión de la persona de tomarlas o es obligatoria, de no tomarlas se le deben sumar al tiempo de la licencia?

Como se indicó anteriormente, la norma señala que la licencia de maternidad preparto podrá ser de una semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada y si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos semanas, más dieciséis luego del parto.

En ese orden de ideas, y atendiendo su consulta, la trabajadora podrá decidir tomar dos semanas previas al parto si por alguna razón médica lo requiere y en ese sentido las Entidades están en la obligación de conceder la licencia de esta manera. En tal caso, la trabajadora disfrutará dos semanas previas al parto y dieciséis posteriores al nacimiento.

En todo caso, si por alguna razón médica no es posible iniciar la licencia de maternidad de manera previa una o dos semanas antes del parto, la trabajadora tiene derecho a disfrutar de las dieciocho semanas de licencia a partir de la fecha del parto.

3. ¿Qué documentos debe solicitar la empresa para que una persona comience a tomar su licencia de maternidad, que plazo tiene el trabajador de allegarlos a la empresa?

De conformidad con lo indicado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, para los efectos de la licencia de maternidad, 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.

Luego del nacimiento, la trabajadora deberá notificar al empleador sobre la fecha real del parto y para ello podrá allegar el certificado de nacido vivo expedido por la Clínica u Hospital que atendió el nacimiento o el registro civil de nacimiento.

La norma no señala un término específico para allegar los documentos antes indicados, pero deberá hacerse con la mayor brevedad posible para efectos que el empleador pueda realizar los trámites respectivos ante la EPS, según lo establece el artículo 121 del Decreto 19 de 2012¹.

De igual forma, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha indicado que en caso que se reclame la licencia de maternidad mediante acción de tutela, por tratarse del derecho que tiene una mujer gestante sujeto de especial protección, deberá hacerse en un plazo máximo de un año con posterioridad al nacimiento.

4. ¿Un trabajador puede solicitar a la empresa el pago del retroactivo de las prestaciones sociales y puede solicitar el pago de intereses moratorios del retroactivo?

Sobre el particular, es preciso señalar que la norma no dispone un término específico para la liquidación y pago de las prestaciones sociales.

Sin embargo, la Corte Constitucional, en sentencia de unificación de jurisprudencia, precisó acerca de la importancia del pago oportuno y completo de todas las obligaciones salariales dejadas de cancelar al trabajador. Al respecto dijo lo siguiente:

"a. El derecho de todos los trabajadores al pago oportuno de su remuneración salarial, es una garantía que no se agota en la simple enunciación de un deber surgido de la relación laboral, sino que se trata de un verdadero derecho fundamental.

"b. La figura de la retribución salarial está directamente relacionada con la satisfacción del derecho fundamental de las personas a la subsistencia, reconocido por la Corte Constitucional como emanación de las garantías a la vida (Art. 11 C.P.), a la salud (Art. 49 C.P.), al trabajo (Art. 25 C.P.), y a la seguridad social (Art. 48 C.P.); pero no se agota en la satisfacción de las necesidades de mera subsistencia biológica del individuo, pues debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador.

" (...).

"h. Es necesario precisar que la falta de presupuesto de la administración, o la insolvencia del empleador particular, como motivo para no pagar oportunamente los salarios, no constituye razón suficiente para justificar el desconocimiento de derechos fundamentales como la vida en condiciones dignas y el bienestar del trabajador y sus familiares"².

En otra oportunidad, frente a los pagos al momento del retiro, la misma Corte Constitucional, señaló:

"En el presente caso, la situación de las demandantes resulta bastante apremiante, máxime cuando, la entidad demandada, no sólo reconoce abiertamente adeudarles los salarios de siete meses, sino que además, confirma que los recursos por concepto de liquidación de las trabajadoras, tampoco les han sido pagados, lo cual resulta más grave aún, pues ha de entenderse que los dineros que todo empleador debe cancelar a los trabajadores al momento de finalizar una relación laboral, tienen como finalidad primordial, la de cubrir las necesidades básicas y elementales que son inaplazables para todo ser humano y que servirán como sustento económico hasta tanto se vincule nuevamente a otro trabajo. Por ello, la imposibilidad por parte de las accionantes, de cumplir a cabalidad sus obligaciones más elementales como vivienda, alimentación y vestuario hace presumir la afectación al mínimo vital, y a las condiciones mínimas de vida digna"³ (Se subraya)

La misma Corporación ha señalado la indexación, como un medio para resarcir el daño ocasionado por la pérdida adquisitiva de las obligaciones laborales no canceladas a tiempo, frente a la cual ha expresado que *"tal actuación, desarrolla claros principios constitucionales, en especial al que surge del artículo 53 de la C.P., a cuyo tenor la remuneración laboral debe ser móvil, a fin de proteger el poder adquisitivo de los trabajadores, lo que se logra normalmente mediante la indización de las sumas adeudadas, para que éstas no se deterioren en términos reales con el paso del tiempo, sin detrimento de los cargos que pueda hacerse a la entidad incumplida en cuanto a la indemnización de otros perjuicios que su ineficiencia y demora puedan generar al afectado."*⁴

En virtud de lo expuesto, en criterio de esta Dirección Jurídica, la entidad u organismo público debe ser lo más diligente posible con la liquidación y pago de valores que correspondan, dándose un plazo moderado para tal fin, de tal forma que no se ocasione un perjuicio o ponga en riesgo el mínimo vital de los mismos y su familia, teniendo en cuenta su nueva situación de desempleados.

Ahora bien, revisadas las normas aplicables a los empleados públicos no se encuentra una que establezca una sanción moratoria o reconocimiento de intereses moratorios por el no pago de las prestaciones sociales, salvo lo establecido en relación con el pago de las cesantías definitivas.

Sobre el particular, la Ley 1071 de 2006⁵ establece que dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud de liquidación de las cesantías definitivas o parciales, por parte de los peticionarios, la entidad empleadora o aquella que tenga a su cargo el reconocimiento y pago de las cesantías, deberá expedir la resolución correspondiente, si reúne todos los requisitos determinados en la ley.

Dispone la misma norma en su Artículo 5°, que la entidad pública pagadora tendrá un plazo máximo de cuarenta y cinco (45) días hábiles, a partir de la cual quede en firme el acto administrativo que ordena la liquidación de las cesantías definitivas o parciales del servidor público, para cancelar esta prestación social.

En caso de mora en el pago de las cesantías definitivas o parciales de los servidores públicos, la entidad obligada reconocerá y cancelará de sus propios recursos, al beneficiario, un día de salario por cada día de retardo hasta que se haga efectivo el pago de las mismas, para lo cual solo bastará acreditar la no cancelación dentro del término previsto en este Artículo. Sin embargo, la entidad podrá repetir contra el funcionario, cuando se demuestre que la mora en el pago se produjo por culpa imputable a este.

Por lo anterior, y atendiendo su consulta, la entidad deberá pagar con la mayor diligencia todos los emolumentos salariales y prestacionales a que hubiera lugar para evitar menoscabar los derechos de empleado, por lo que en caso que éstos no se hubieran cancelado, el funcionario podrá solicitar el pago retroactivo correspondiente siempre y cuando dichas prestaciones sociales se hubieran causado de conformidad con los requisitos establecidos en la Ley.

Igualmente, se concluye que no hay lugar a la reclamación de intereses moratorios por la falta de pago de las prestaciones sociales salvo lo dispuesto en el presente concepto en relación con las cesantías.

5. ¿Hasta qué año tiene el trabajador para solicitar a la empresa el pago de retroactivo de las prestaciones sociales?

Al respecto, es importante indicar que para reclamar los derechos salariales y prestacionales derivados de una relación laboral el empleado podrá ejercer las acciones judiciales correspondientes. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que si estos derechos no son reclamados en el término que establece la ley se extingue la posibilidad de ejercer las acciones tendientes a hacerlos efectivos.

La prescripción de los derechos de los empleados públicos es por regla general de tres (3) años contados a partir de la fecha en que se haya hecho exigible la obligación, de conformidad con lo establecido en el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

La aplicación de la anterior norma se fundamenta en lo expresado en la sentencia de la Corte Constitucional C-745 de 1999, referente a la demanda del primer inciso del artículo 4º de la Ley 165 de 1941 (que consagraba el término que venía rigiendo para la prescripción de salarios), fallo en el cual se precisa que dicha norma se encuentra derogada tácitamente por la nueva legislación laboral y da paso a la aplicación del artículo 151 del Código de Procedimiento Laboral.

En tal sentido, el Código de Procedimiento Laboral, aplicable en este punto a los empleados del Estado, señala: El Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en su Artículo 151.- dispone: "Prescripción. Las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible. El simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono, sobre un derecho o prestación debidamente determinado, interrumpirá la prescripción pero sólo por un lapso igual."

No obstante, sobre las acreencias laborales cabe precisar que esta Dirección, acogiendo los criterios planteados por la Corte Constitucional en sentencia C-745 de 1999, ha considerado que el término de prescripción de los derechos laborales de los servidores públicos es de tres (3) años. Para mayor ilustración se transcribe un aparte de la citada sentencia:

"En efecto, la interpretación que, en reiteradas oportunidades, ha realizado el Consejo de Estado, también sostiene que el término de prescripción para el cobro de salarios e indemnizaciones por accidentes de trabajo para los trabajadores al servicio del Estado es el que consagran los artículos 488 del CST, 151 del CPL y 41 del Decreto 3135 de 1968, esto es, un término de tres años para todos los casos, pues "la prescripción establecida en el citado artículo 151 [del Código de Procedimiento Laboral] se refiere a las acciones que emanen de las leyes sociales, en un sentido general, lo que quiere decir que comprende no sólo las acciones que se refieren a los trabajadores particulares sino también a los que amparan a los servidores oficiales"⁵. En otro pronunciamiento, la Sección Segunda del Consejo de Estado dijo:

"No es válida la argumentación que hacen algunos en el sentido de que el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo no es aplicable a los empleados públicos, especialmente por lo dispuesto en el artículo 4º del Código Sustantivo del Trabajo, pues esta norma se refiere únicamente a las disposiciones del mismo estatuto en lo concerniente a las relaciones laborales de carácter individual; además, la exclusión que hace comprende también a los trabajadores que se encuentren respecto del Estado en situación de índole contractual, los cuales están totalmente sometidos a las normas del Código Procesal del Trabajo. Por su parte, el artículo 2º de este Código se limita a señalar los asuntos de que conoce la jurisdicción del trabajo en forma tal que excluye ciertamente los que conciernen a empleados públicos; pero no los deja completamente al margen de las disposiciones de dicho estatuto, pues se les aplican las que regulan la ejecución de obligaciones a cargo del estado y a favor de ellos, de conformidad con el inciso segundo del mismo artículo, como también del artículo 100 ídem, que hablan genéricamente de "obligaciones emanadas de la relación de trabajo" "originadas en ella, sin circunscribirse a las de tipo contractual. En suma, las normas del Decreto 2159 no fueron instituidas exclusivamente para lograr la efectividad de los derechos consagrados en el Código Sustantivo del Trabajo, expedido, además, con posterioridad al citado estatuto procesal. Por último, ya se indicó que sin que importe la ubicación física de la norma, la del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo es de naturaleza sustancial y no de carácter adjetivo o procedimental"

Según lo expuesto y en lo que a la prescripción de derechos laborales se refiere, por regla general, el término es de tres (3) años. Este término se interrumpe mediante la solicitud escrita del reconocimiento del derecho, con excepción de la prescripción del derecho a vacaciones prevista en el artículo 23 del Decreto 1045 de 1978, que contempla un término de 4 años que se contarán a partir de la fecha en que se haya causado el derecho.

6. ¿El trabajador debe solicitarlo por escrito a la empresa o debe ser la empresa quien automáticamente liquide sin necesidad de solicitud por parte del trabajador?

En respuesta a esta inquietud se reitera que la Entidad tiene la obligación de liquidar y pagar las prestaciones sociales que hubiera causado el empleado con la mayor diligencia para evitar la afectación de los derechos del funcionario. En caso que no se haga, el empleado podrá solicitar dicho pago y hacer uno de las acciones legales correspondientes en un plazo máximo de tres años, por ser el término de prescripción de la acción para solicitar dicho reconocimiento.

Finalmente, para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link [/eva/es/gestor-normativo](#) podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, 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,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Maria C.Bonilla

Revisó: Harold Herreño.

Aprobó: Armando López Cortes.

11602.8.4

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1. Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública
2. Sentencia SU-995 del 9 de diciembre de 1999. M.P.: Dr. Carlos Gaviria Díaz
3. Corte Constitucional. Sentencia T-936 del 24 de julio de 2000. Expedientes T-305836 y T-305837. MP. Alejandro Martínez Cabellero.
4. Sala Plena. Corte Constitucional. Sentencia C- 448 de 1996.
5. Por medio de la cual se adiciona y modifica la Ley 244 de 1995, se regula el pago de las cesantías definitivas o parciales a los servidores públicos, se establecen sanciones y se fijan términos para su cancelación.

Fecha y hora de creación: 2024-12-12 08:30:31