

MEMORANDO

1900 – 20248006597

Medellín, 24/07/2024

OAJ-008-2024

PARA: Doctor JHONNY RAMÍREZ SERNA
Director Administrativo de Talento Humano

DE: OFICINA ASESORA JURÍDICA

ASUNTO: Respuesta Concepto Jurídico Concurrencia en un Mismo Tiempo de Incapacidad por Enfermedad General y Licencia de Maternidad.

Mediante escrito Radicado el día 19 de junio de la presente anualidad, en calidad de Director Administrativo de la Dirección de Talento Humano, remite a esta Oficina Asesora de Jurídica, escrito en que plantea un interrogante, con respecto a cómo proceder dada la concurrencia en un mismo tiempo de Incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad.

Planteando a esta Oficina Asesora, la siguiente cuestión:

Se pronuncie respecto a la forma en que esta Dirección debe proceder dada la concurrencia en un mismo tiempo Incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad, pues se debe definir la liquidación y pago de estos conceptos en la nómina de la servidora pública.

Consideraciones preliminares

Sea lo primero señalar que, los conceptos emitidos por la Oficina Asesora de Jurídica de la Contraloría Distrital de Medellín, son orientaciones de carácter general y abstracto que no comprenden la solución directa de problemas específicos o asuntos concretos, ni el análisis de actuaciones particulares.

En cuanto a su alcance, no son de obligatorio cumplimiento o ejecución, ni tienen el carácter de fuente normativa y sólo pueden ser utilizados para facilitar la interpretación y aplicación de las normas jurídicas vigentes en materia de control fiscal.

Bajo las consideraciones anteriores, la Oficina Asesora de Jurídica, responde:

De forma general y abstracta en el marco de la competencia para absolver consultas sobre interpretación y aplicación de las disposiciones legales relativas a la vigilancia y control fiscal, la Contraloría Distrital de Medellín a través de la Oficina Asesora de Jurídica, procede a resolver el interrogante formulado en la consulta objeto de petición en los siguientes términos:

La Constitución Política de Colombia en su Artículo 48 establece *la Seguridad Social como un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad y en los términos que establezca la Ley.*

En tanto, la Ley 100 de 1993 en su Artículo 6 establece como uno de sus objetivos que, el Sistema de Seguridad Social Integral *ordenará las instituciones y los recursos necesarios para garantizar las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema.*

Por su parte, el Código Sustantivo del Trabajo, en sus artículos 227, 236 y 237, consagra el derecho al reconocimiento y pago de un auxilio por incapacidad comprobada para desempeñar las labores, ocasionada por enfermedad no profesional y el derecho de todos los trabajadores al goce de una licencia.

En este sentido, los afiliados cotizantes del Régimen Contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, así como los afiliados al régimen Especial o de Excepción que tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales cotice al SGSSS, tienen derecho al auxilio monetario derivado de la incapacidad por enfermedad general de origen común y al pago de la licencia de maternidad, tal como se consagra en los artículos 206 y 207 de la Ley 100 de 1993, así:

Ley 100 de 1993 ARTÍCULO 206. Incapacidades. Para los afiliados de que trata el literal [a\)](#) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. Para el cubrimiento de estos riesgos las empresas promotoras de salud

podrán subcontratar con compañías aseguradoras. Las incapacidades originadas en enfermedad profesional y accidente de trabajo serán reconocidas por las entidades promotoras de salud y se financiarán con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el respectivo régimen, de acuerdo con la reglamentación que se expida para el efecto.

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 a las unidades de pago por capitación, UPC.*

Por su lado, el Decreto 1427 de 2022, en su Artículo 2.2.3.1.3, numeral 2, define la **enfermedad general** como la *Afectación de la salud de una persona, que compromete su bienestar físico o mental, derivada de eventos ajenos a su actividad, y a su vez en el numeral 6 define la **incapacidad de origen común** como el estado de inhabilidad física o mental que le impide a una persona desarrollar su capacidad laboral por un tiempo determinado, originado por una enfermedad general o accidente común y que no ha sido calificada como enfermedad de origen laboral o accidente de trabajo.*

De otro lado, el Decreto Ley 019 de 2012 en su Artículo 121 dispone el trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, *indicando que 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.*

Hechas estas precisiones, pasaremos entonces a dar respuesta al interrogante que nos ocupa, de acuerdo con la normativa aplicable al caso:

Se pronuncie respecto a la forma en que ésta Dirección debe proceder dada la concurrencia en un mismo tiempo Incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad, pues se debe definir la liquidación y pago de estos conceptos en la nómina de la servidora pública.

Según lo establecido en el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017, que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, *“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. (...)”

Es importante resaltar, que este beneficio es extensivo para las servidoras públicas, como lo establece esta norma, que a la letra expresa: “(...) *Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...)*”

En este orden de ideas, debemos tener en cuenta que la licencia de maternidad es un derecho consagrado en nuestro ordenamiento jurídico, con el fin de permitirle a la mujer que ha dado a luz, el disfrute de su hijo y la oportunidad para brindarle cuidados y atención posterior al alumbramiento, siendo por lo tanto una licencia remunerada; a diferencia con la incapacidad de origen común, la cual se refiere al estado de inhabilidad física o mental que le impide a una persona desarrollar su capacidad laboral por un tiempo determinado, originado por una enfermedad general o accidente común y que no ha sido calificada como enfermedad de origen laboral o accidente de trabajo.¹

Así las cosas, la licencia de maternidad y la incapacidad de origen común son dos eventos distintos pero cubiertos por una misma entidad. **Sin embargo, puede presentarse que una servidora en licencia de maternidad pueda sufrir una enfermedad que amerite la prescripción de una incapacidad médica o laboral.**

Situación que ha sido prevista en el Decreto 1427 de 2022, Artículo 2.2.3.2.8., el cual reza:

Artículo 2.2.3.2.8 Licencia de maternidad o paternidad concomitante con incapacidad de origen común. Si durante el período que abarca la licencia de paternidad o maternidad pre parto y post parto coexistiere una incapacidad de origen común, se causará solamente la prestación económica derivada de la maternidad o paternidad. Si terminada la licencia subsiste la incapacidad, ésta se reconocerá en las cuantías y condiciones determinadas por la normativa vigente.

En este sentido, es importante realizar las siguientes claridades:

a) El tiempo o duración de la licencia de maternidad no se ve afectado por la incapacidad médica otorgada durante la licencia de maternidad, de manera que la licencia de maternidad será siempre de 18 semanas, sin que en ese tiempo se puedan sumar o restar las incapacidades médicas que se pudieren prescribir.

¹ Art. 1 Resolución 2266 de 1998 Instituto de Seguros Sociales

b) Si terminada la licencia de maternidad, la servidora tiene una incapacidad vigente, podrá seguir disfrutando de su incapacidad por el tiempo que falte para cumplirla. Es decir que dada la concurrencia en un mismo tiempo de las dos situaciones (incapacidad y licencia de maternidad), la servidora sólo tiene derecho al pago de la licencia de maternidad²

c) El sistema no hará un doble pago sobre un mismo periodo de tiempo, es decir si concurre tanto la licencia como la incapacidad laboral, la EPS reconocerá solo uno de esos conceptos, ya que **en el sistema de seguridad social no se le pueden reconocer a un afiliado dos prestaciones económicas de manera simultánea**³. Pero tanto la incapacidad laboral como la licencia de maternidad, son reconocidas y pagadas por el sistema de salud a cargo de la EPS a la que esté afiliada la servidora.

d) Como se indicó la licencia de maternidad es reconocida por la EPS, pero es el empleador quien debe pagarla a la empleada, y luego el empleador repite contra la EPS, de manera que la empleada sigue recibiendo del empleador el pago correspondiente al salario que tiene la servidora⁴.

e) No se puede pasar por alto que la duración de la incapacidad como de la licencia es el que determine el certificado médico de conformidad con el artículo 2.2.5.5.12 del Decreto 648 de 2017⁵ que prevé *“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*

² Ministerio De Trabajo y Seguridad Social Decreto Numero 770 De 1975 Artículo 21. *Si durante los periodos de reposo prenatal y post-natal coexistiere una enfermedad, se causará solamente el subsidio por maternidad. Si terminado el periodo de descanso por maternidad subsiste la enfermedad, las prestaciones económicas que se causen se pagarán en las cuantías y condiciones determinadas en el Seguro de Enfermedad General. (solo era aplicable al Instituto de Seguros Sociales) (hoy Colpensiones) **DECRETO 1427 DE 2022 ARTÍCULO 2.2.3.2.8 Licencia de maternidad o paternidad concomitante con incapacidad de origen común.** Si durante el período que abarca la licencia de paternidad o maternidad parto y post parto coexistiere una incapacidad de origen común, se causará solamente la prestación económica derivada de la maternidad o paternidad. Si terminada la licencia subsiste la incapacidad, ésta se reconocerá en las cuantías y condiciones determinadas por la normativa vigente.*

³ Ministerio de Salud, Concepto 201311200478701, abr. 19/13

⁴ Decreto 1083 de 2015 modificado por el 648 de 2017 **ARTÍCULO 2.2.5.5.11 Otorgamiento de la licencia por enfermedad 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.*

⁵ *“Por el cual se modifica y adiciona el Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de la Función Pública”.*

que las regula, sin que dicho plazo pueda ser aumentado o disminuido por el servidor o por el empleador”.

Así las cosas, en cuanto a la liquidación y pago a la servidora por la concurrencia en un mismo tiempo de incapacidad por enfermedad general y licencia de maternidad, es necesario invocar nuevamente el Decreto 1427 de 2022, expedido por el Ministerio de Salud y Protección Social, **que trae consigo las** condiciones para el reconocimiento y pago de las incapacidades de origen común y la Licencia de maternidad o paternidad, **así:**

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 lugar.

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.

Parágrafo 1. *Cuando se presente un parto pretérmino, la licencia de maternidad será el resultado de calcular la diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, la que se sumará a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la ley. En los casos de parto múltiple o de un hijo con discapacidad, se ampliará en dos semanas conforme con lo previsto en la normativa vigente, siempre y cuando los menores hayan nacido vivos.*

Parágrafo 2. *La afiliada tendrá derecho a una licencia de dos o cuatro semanas, de acuerdo con el criterio médico, remunerada con el salario que devengaba en el momento en que esta inicie, sin perjuicio que el médico tratante pueda otorgarle una incapacidad de origen común una vez culmine aquella, en el caso previsto por*

el artículo 237 del Código Sustantivo del Trabajo.

Una vez acreditadas las condiciones anteriores, lo que la EPS paga por licencia de maternidad depende del salario de la servidora, pagando el 100% del salario mensual o quincenal, según sea el periodo de pago del salario acordado con la empleada en licencia de maternidad, la cual seguirá recibiendo su salario (licencia) como lo venía recibiendo antes de la licencia.⁶

Por su parte la incapacidad laboral, se distingue en que ésta no se trata del pago de un sueldo o salario, sino que **constituye un auxilio económico que se otorga para cubrir la falta de remuneración en el curso de la incapacidad.**

“En efecto, el auxilio por incapacidad se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hacen las EPS a sus afiliados cotizantes no pensionados, por todo el tiempo en que se encuentren inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual”. (Concepto 201311200478701, 4/19/2013 del Ministerio de Salud).

Ahora bien, en la liquidación del auxilio de incapacidad por enfermedad general, la EPS debe reconocer el pago de la prestación económica según los parámetros dados por el Código Sustantivo de Trabajo en su artículo 227, el cual establece **el pago de dos terceras partes o 66.6% del salario si se trata de una incapacidad de menos de 90 días, y del 50% si la incapacidad es hasta 180 días**⁷. Claro está que la Corte Constitucional desde el año 2007⁸ estableció que los porcentajes antes mencionados, nunca pueden arrojar un valor inferior al salario mínimo diario, por día de incapacidad que haya que reconocer.

Concluyéndose entonces, que cuando concurren la licencia de maternidad con una incapacidad laboral, prevalece **el pago de la licencia de maternidad, pues protege derechos superiores como es la atención económica que demanda el recién nacido, siendo** la prestación más favorable y ésta subsume a la incapacidad por enfermedad general, **liquidándose con el 100%** del ingreso base de cotización **que la servidora venía recibiendo antes de la licencia; no obstante, si** el periodo de descanso de maternidad terminó, y la incapacidad laboral la supera, subsistirá la incapacidad; y ésta le será reconocida conforme a los parámetros de la Ley 100

⁶ LEY 2114 DE 2021. Artículo 2: “Artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así: 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.”

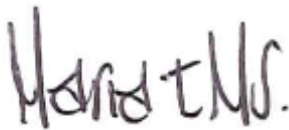
⁷ Artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social.

⁸ Sentencia C-543/07

de 1993⁹. Es decir, que **una vez termine la licencia de maternidad, a partir del día siguiente, la EPS deberá seguir pagando, pero no a título de licencia, sino de incapacidad; y en este último caso, sería sobre la base de las 2/3 partes o 66.6%, sin ser inferior al salario mínimo diario.**

El presente concepto se rinde de conformidad con el alcance dispuesto en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, incorporado por la Ley 1755 de 2015. Lo anterior bajo advertencia, que el mismo se encuentra sujeto a las modificaciones legales y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto. En este sentido, la Oficina Asesora de Jurídica no compromete su responsabilidad respecto a las determinaciones o decisiones que adopten los funcionarios y directivos en el marco del ejercicio de sus funciones y competencias establecidas por la Entidad.

Atentamente,



MARÍA ISABEL MORALES SÁNCHEZ
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Juan Mario B.

⁹ Artículo 206 de la Ley 100 de 1993