

MEMORANDO

OAJ-001-2025

1900 – 20258002455

Medellín, 25/02/2025

PARA: Doctora MARÍA ISABEL MEJÍA VELÁSQUEZ
Directora Administrativa de Talento Humano

DE: OFICINA ASESORA JURIDICA

Asunto:	Línea jurídica para liquidación de licencia de maternidad ante diferencias en el IBL –Ingreso base de liquidación–, entre la EPS – Entidad Promotora de Salud–, y la Contraloría Distrital de Medellín con ocasión de una incapacidad por enfermedad general.
Temas:	Licencia de maternidad / Bloque de constitucionalidad / Ingreso Base de Cotización / Ingreso Base de Liquidación / Licencia de maternidad servidores públicos / hombres trans y personas de género no binario / Incapacidad de origen común / Salario / Subsidio económico / Aplicación de normas laborales / Indubio pro operario.

A través de Memorando 1600 – 20258000191 del 15 de enero de 2025, la Dirección de Talento Humano solicita a esta Oficina Asesora de Jurídica emita un concepto jurídico en relación con el IBL –Ingreso base de liquidación–, para el pago de incapacidades por maternidad de sus servidoras, cuestión para la cual expone los siguientes supuestos fácticos:

1. SÍNTESIS DE LA SOLICITUD DE CONCEPTO

La Dirección de Talento Humano viene aplicando el Decreto 780 de 2016 y el Decreto 1427 de 2022, por medio de los cuales se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de Seguridad vigentes, para la liquidación de las incapacidades y licencias de Maternidad.

No obstante lo anterior, se requiere el concepto solicitado, por cuanto se presenta una diferencia entre el IBL –Ingreso base de liquidación–, que aplica la EPS –Entidad Promotora de Salud–, para el reconocimiento de la licencia de maternidad y la interpretación que se desprende de la lectura del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo del Trabajo –C.S.T.–.

Planteado el problema jurídico a conceptuar, la Dirección de Talento Humano procede a ilustrar la situación que se presenta así:

“En el año 2024, la EPS reconoció una licencia de maternidad sobre el IBL reportado en el mes inmediatamente anterior, el cual se encuentra afectado por una novedad de incapacidad por enfermedad general, valor con el cual se liquidó la licencia de maternidad; sin embargo, al verificar el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, este indica que: <<Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerado con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia>>”. Negrillas del texto original

Finalmente, eleva las siguientes preguntas a esta Oficina Jurídica:

- *¿Qué valor debe reconocer la Contraloría Distrital de Medellín en calidad de empleador como licencia de maternidad, el salario actual devengado o el IBL reportado el día 1 de la licencia?*
- *¿Debe la Contraloría reajustar los pagos realizados por concepto de licencia de maternidad en la vigencia anterior, en el entendido que fue cancelada con el IBL reportado el día 1 de la licencia?*

Prevía emisión del concepto requerido y la respuesta a las inquietudes planteadas, se efectuarán las siguientes consideraciones:

2. LICENCIA DE MATERNIDAD

La licencia de maternidad es un derecho consagrado en nuestro ordenamiento jurídico laboral, 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 parto.

2.1. Concepto, Naturaleza y Finalidad

El artículo 43 de la Constitución establece que las mujeres gozarán de “*especial asistencia y protección del Estado*” durante el embarazo y después del parto. Asimismo, en el ámbito laboral, el artículo 53 de la Constitución encomendó al Congreso la expedición del estatuto del trabajo, que habría de regirse por una serie de principios, entre los cuales se *incluye la protección especial a la mujer y a la maternidad*. Esta garantía constitucional debe complementarse, integrarse y concordarse con la normatividad internacional sobre la materia, por disposición imperativa del artículo 93 de la Carta¹ –bloque de constitucionalidad²–.

Este orden de ideas, el Convenio de la OIT³ sobre la Protección de la Maternidad (Numeral 3º), 1919 consagraba el derecho de la mujer a recibir, durante las seis semanas anteriores y posteriores al parto, «prestaciones suficientes para su manutención y la del hijo en buenas condiciones de higiene»⁴.

Asimismo, el artículo 10⁵ del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce expresamente una protección especial para las madres después del parto asociada con el pago de la licencia de maternidad.

Por su parte, el artículo 11.2.b⁶ de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el fin de impedir la

¹ Artículo 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Constitución Política.

² A partir del desarrollo del concepto bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia colombiana, se aceptó que una de sus características más importantes es que los tratados internacionales en materia de derechos humanos debidamente ratificados sirven como parámetros de control para analizar la constitucionalidad de las disposiciones a nivel interno y **que pudieran ser aplicados directamente por los operadores jurídicos para la solución de sus casos**. (Negrilla fuera de texto) <https://www.ambitojuridico.com>. Autor: Luis Manuel Castro Novoa. 29 de agosto de 2019.

³ Organización Internacional del Trabajo.

⁴ El Convenio sobre la protección de la maternidad, 1919 (núm. 3) fue ratificado por Colombia el 20 de junio de 1933. Se ha considerado, con fundamento en el artículo 53 de la Constitución, como parte del bloque de constitucionalidad en la Sentencia T-297 de 2017.

⁵ “Artículo 10. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que: (...) 2. Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

Este instrumento internacional fue ratificado por el Congreso de la República mediante la Ley 74 de 1968.

discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados deben tomar medidas adecuadas para implementar la licencia de maternidad. Esta debe incluir el sueldo pagado y las prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

Esta protección especial a la maternidad se concreta en la regulación del descanso remunerado en épocas anteriores y posteriores al parto, contemplado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo –CST–, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011⁷, el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017⁸ y el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021⁹, el cual estableció que:

“(...) 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. (...)”

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 (...)

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público. (...)” (Negrilla fuera de texto)

⁶ Artículo 11. (...) 1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la esfera del empleo a fin de asegurar a la mujer, en condiciones de igualdad con los hombres, los mismos derechos, en particular (...)

2.- A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...)

b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales (...).

Esta convención de derecho internacional fue ratificada por el Congreso de la República a través de la Ley 51 de 1985.

⁷ Ley 1468 de 2011. Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

⁸ Ley 1822 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.

⁹ Ley 2114 de 2021. Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241A del Código Sustantivo del Trabajo, y se dictan otras disposiciones.

En coherencia con lo expuesto, la Corte Constitucional en Sentencia T-526/19 –M.P. Alberto Rojas Ríos–, adujo con respecto a la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad:

“5. Naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad. Reiteración de jurisprudencia

(...) La jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el descanso remunerado otorgado a la madre que recién ha dado a luz, materializa los “principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad, y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital”.

Debido a que existe una protección especial a la mujer trabajadora durante el embarazo y con posterioridad a este y a la necesidad de una “protección integral a la niñez derivada de los artículos 42, 43, 44 y 45 Superiores”, el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo incorporó la figura de la licencia de maternidad, entendida esta como el descanso remunerado posterior al parto.

Esta Corporación al respecto de la licencia de maternidad, señaló que esta es:

*“un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el **fin de reemplazar los ingresos que ésta derivaba y cuya percepción se ve interrumpida con motivo del parto.** Conforme a lo anterior, se concluye que el hecho generador de la licencia de maternidad no es el alumbramiento aisladamente considerado, sino este hecho aunado a la preexistencia de una fuente de ingresos propios, cuya percepción se ve interrumpida por tal acontecimiento” (Negrilla y subrayado fuera de texto)*

La licencia de maternidad no solo tiene una connotación económica encaminada a reemplazar los ingresos que percibía la madre, sino que también conlleva una protección integral y especial a favor de esta y de su hijo recién nacido, pues garantiza la institución familiar a través del otorgamiento de prestaciones que tienen por finalidad la recuperación de la madre y el cuidado del menor y, además, que “dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”.

*Esta prestación cubija a las mujeres afiliadas al Sistema de Seguridad Social en salud en el régimen contributivo, esto es, a las vinculadas a través de contrato de trabajo, pensionadas, **servidoras públicas** o trabajadoras independientes con capacidad de pago, que, con motivo del alumbramiento de su hijo, suspenden sus actividades productivas y **no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales**, reconocimiento que será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico. (...)" (Negrilla fuera de texto)*

Además, la Corte Constitucional en la Sentencia C-324 de 2023, extendió el derecho a la licencia de maternidad a los hombres trans y a las personas de género no binario, pues estimó que:

(...) la exclusión de los hombres trans y personas no binarias respecto de la licencia en la época del parto genera desigualdades negativas representadas en (a) la invisibilización de este grupo social y (b) la desprotección de las personas gestantes y adoptantes que no se autoreconocen con dicho género, los niños y niñas y las familias diversas. En efecto, al no extenderse la titularidad de esta prestación a las personas que ejercen su rol parental pero no se reconocen como mujer, se perpetúa en su contra un patrón de invisibilización.

En consecuencia decidió que los hombres trans y las personas no binarias tienen derecho a disfrutar de la licencia en la época del parto y bajo esta premisa pronunció una Sentencia de exequibilidad condicionada del artículo 236 del C.S.T. – modificado por el artículo 2º de la Ley 2114 de 2021–, a que se entendiera que “*las licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias*”¹⁰.

En síntesis, la licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre como del recién nacido y de la institución familiar. Por un lado, se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del recién nacido. Por otra parte, se materializa mediante el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las de su hijo. Esta prestación cubija no sólo a las trabajadora del sector privado sino que se extiende a todas las servidoras públicas, siempre que cumplan con los requisitos jurídicos para su reconocimiento y a la población trans y de género no binario en los términos indicados por la Corte Constitucional en la Sentencia C-324 de 2023.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023. Parte resolutive de la decisión.

2.2. Regulación Legal

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo –C.S.T.–, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011, el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017 y el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 en cuanto a la licencia de maternidad prevé:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

1. ***Toda trabajadora¹¹ 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. (...) (Negrillas fuera de texto)

Adicionalmente, para el caso de los funcionarios de públicos, el artículo 2.2.5.5.10¹² del Decreto 1083 del 26 de mayo de 2015 –*Por medio del cual se expide el Decreto*

¹¹ “Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer» contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, en el entendido de que las **licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia**”. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023. M.P. Juan Carlos Cortés González.

¹² **Artículo 2.2.5.5.10** *Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad.* Las licencias por enfermedad,

Único Reglamentario del Sector de Función Pública—, definió, que las Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad, de los servidores públicos, se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan, remitiendo entonces a la misma forma de liquidación que se realiza para entidades privadas.

2.3. Reconocimiento y Pago de Licencias de Maternidad

Señalado lo anterior, se tiene que las disposiciones vigentes para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad por parte de las EPS, o Entidad Adaptada al aportante, son los artículos 2.2.3.2.1 y 2.2.3.2.8 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud sustituido por el Decreto 2126 de 2023 que establecen:

“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 con las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones:

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, incluido el del mes de inicio de la licencia, los que serán tenidos en cuenta para efecto de la liquidación de la prestación económica.

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.

Para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, solo se tendrán en cuenta las cotizaciones efectuadas por el aportante que correspondan al periodo de gestación.

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

maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan.

período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.4 de este Decreto, para las trabajadoras independientes cuyo ingreso base de cotización es de un salario mínimo legal mensual vigente.

En ningún caso, la licencia de maternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de inicio de la licencia; regla que aplica igualmente cuando por cambio de anualidad, el Ingreso Base de Cotización reportado sea inferior al salario mínimo mensual vigente.

Parágrafo. *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”.*

(...)

“Artículo 2.2.3.2.8 Licencia de paternidad. *La licencia de paternidad deberá ser disfrutada durante los treinta (30) días siguientes a la fecha de nacimiento del menor o de la entrega oficial del menor que se ha adoptado.*

El empleador o trabajador independiente presentará ante la entidad promotora de salud o la entidad adaptada a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento o de la entrega oficial del menor adoptado, el registro civil de nacimiento del menor o el acta en la que conste su entrega oficial.

Para su reconocimiento y pago, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre incluido el del mes de inicio de la licencia, procediendo el reconocimiento proporcional, cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

En los casos en que, durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente beneficiario de la licencia de paternidad no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad con base en las

cotizaciones efectuadas que correspondan al periodo de gestación incluido el del mes de inicio de la licencia.

La licencia de paternidad será liquidada con el ingreso base de cotización declarado por el padre en el mes en que nace el menor o en que fue entregado oficialmente.

En ningún caso, la licencia de paternidad podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un (1) salario mínimo mensual legal vigente para la fecha de inicio de la licencia; regla que aplica igualmente cuando por cambio de anualidad, el Ingreso Base de Cotización reportado, sea inferior al salario mínimo mensual vigente.

Parágrafo. *Cuando la entidad promotora de salud o entidad adaptada a la que se encuentre afiliado el padre del menor no sea la misma de la madre y el periodo de cotización de este sea inferior al período de gestación, se deberá presentar ante la entidad responsable del aseguramiento, el certificado de licencia de maternidad, a efecto de realizar el cálculo proporcional de la licencia”. (...)*

Cumplidas las condiciones establecidas en la norma, se tendrá derecho al pago correspondiente a la licencia de maternidad por parte de la EPS o la Entidad Adaptada.

De otro lado, en cuanto al monto sobre el cual se realiza el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Promotora de Salud o Entidad Adaptada, el artículo 2.2.3.2.18 del Decreto 780 de 2016 sustituido por el Decreto 2126 de 2023, indica:

“Artículo 2.2.3.2.18 IBC para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, paternidad, parentales en sus diferentes modalidades, aquellas derivadas del proceso gestacional y para el cuidado de la niñez. El reconocimiento y pago de las licencias de que trata este Título se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar estas, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia.

Cuando exista multiplicidad de aportantes para la fecha de inicio de la prestación, el valor a reconocer se liquidará en forma proporcional a lo aportado por cada aportante durante el periodo de gestación en el caso de las licencias de maternidad y paternidad y sus diferentes modalidades, o sobre el ingreso base de cotización reportado por cada aportante, en el caso de la licencia por aborto espontáneo, interrupción voluntaria del embarazo o

parto pretérmino o prematuro no viable y de la licencia para el cuidado de la niñez, y se pagará a cada aportante de manera independiente”. (...)
(Subraya fuera de texto)

De otra parte y respecto de la revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas –licencia de maternidad e incapacidad–, que debe efectuar la respectiva Entidad Promotora de Salud o Entidad Adaptada al aportante, el artículo 2.2.3.4.3 del Decreto 780 de 2016 sustituido por el artículo 1 del Decreto 2126 de 2023 advirtió:

“Artículo 2.2.3.4.3 Pago de prestaciones económicas. La revisión y liquidación de las solicitudes de reconocimiento de prestaciones económicas se efectuará por la entidad promotora de salud o entidad adaptada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a su presentación por el aportante, o del interesado en los eventos de licencia de maternidad por extensión.

Dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, la entidad promotora de salud o la entidad adaptada efectuará el pago de las prestaciones que haya autorizado, directamente al aportante, o al interesado, según corresponda, mediante transferencia electrónica. La entidad promotora de salud o entidad adaptada que no cumpla con el plazo definido para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas, deberá realizar el reconocimiento y pago de intereses moratorios al aportante, de acuerdo con lo definido en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002

La entidad promotora de salud o la entidad adaptada enviará comunicación por el medio autorizado por el usuario, informando el monto reconocido y pagado de la respectiva prestación, y podrá verificar por cualquier medio que el beneficiario de la prestación económica la haya recibido.

De presentarse incumplimiento del pago de las prestaciones económicas por parte de la entidad promotora de salud o entidad adaptada el aportante deberá informar a la Superintendencia Nacional de Salud, para que, de acuerdo con sus competencias, esta entidad adelante las acciones a que hubiere lugar (...).”

En resumen de lo expuesto se tiene que la EPS o la Entidad Adaptada, tienen quince (15) días hábiles para revisar las solicitud de licencia de maternidad y entrar a liquidar o autorizar la licencia por maternidad; y una vez esta sea autorizada tiene hasta cinco (05) días hábiles para pagarla.

Asimismo, que la Licencia de Maternidad se liquida por la EPS con base el Ingreso Base de Cotización –IBC–, como lo dispuso el Decreto 2126 de 2023, el cual señala que *“el IBC para el reconocimiento y pago de licencias que trata este Título se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar éstas, entendiendo por inicio, el reportado en día uno (1) de la licencia”* y *“[s]i 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”*

Además, el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 2126 de 2023 compilado en el Decreto 780 de 2016 dispuso que: *“(…) 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 días cotizados frente al periodo real de gestación, salvo lo previsto en artículo 2.2.3.2.4 de este Decreto, para las trabajadoras independientes cuyo ingreso base cotización es un salario mínimo legal mensual vigente”*.

Y, por último, se advierte que la licencia de maternidad no podrá ser liquidada con un Ingreso Base de Cotización inferior a un salario (1) mínimo mensual legal vigente para la fecha de inicio de la licencia; regla que aplica igualmente cuando por cambio de anualidad, el ingreso de Base de Cotización reportado sea inferior al salario mínimo mensual vigente.

3. Ingreso Base de Liquidación –IBL– de la licencia de maternidad ordenada por el legislador en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y liquidación de la licencia de maternidad dispuesta en el decreto 780 de 2016 sustituido por el decreto 2126 de 2023, cuando se presenta una novedad de incapacidad que impacta de manera negativa el salario devengado por la gestante para el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte del sistema general de seguridad social

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo dispone:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido.

Toda trabajadora¹³ 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. (...)

¹³ “Declarar **EXEQUIBLES**, por los cargos analizados, las expresiones «trabajadora», «madre» y «mujer» contenidas en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 2 de la Ley 2114 de

Los beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente Ley, no excluyen a los trabajadores del sector público.

Por su parte, el artículo 2.2.3.2.18 del Decreto 780 de 2016 sustituido por el Decreto 2126 de 2023, establece la manera como se realiza el reconocimiento de la licencia de maternidad por parte de la Entidad Promotora de Salud o Entidad Adaptada, indica:

“Artículo 2.2.3.2.18 IBC para el reconocimiento y pago de las licencias de maternidad, paternidad, parentales en sus diferentes modalidades, aquellas derivadas del proceso gestacional y para el cuidado de la niñez. El reconocimiento y pago de las licencias de que trata este Título se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar estas, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia.

Revisado detalladamente el contenido normativo de los artículos transcritos se colige que en ellos se hace referencia a dos conceptos jurídicos que resultan disímiles con respecto del tratamiento de la liquidación de la licencia de maternidad. En la disposición del Código Sustantivo del Trabajo –artículo 236–, se hace referencia a que la licencia de maternidad se liquida con el salario devengado, mientras que en el artículo 2.2.3.2.18 del Decreto 780 de 2016, sustituido por el Decreto 2126 de 2023, alude a que su liquidación se determina a partir del ingreso base de cotización –IBC–. Admitido que se trata de dos figuras jurídicas distintas, resulta necesario deslindar el alcance y la diferencia existente entre ellas para los propósitos de este concepto.

En este orden de ideas, el Ingreso Base de Cotización –IBC–, en un concepto propio y fundamental del derecho constitucional a la seguridad social¹⁴, que tiene su génesis en el Sistema de Seguridad Social Salud en Colombia –creado por la Ley 100 de 1993¹⁵–, en tanto constituye un pilar del esquema para su financiación. El Ingreso Base de Cotización –IBC– alude a la porción del salario del empleado o servidor que se toma como base para aplicar el porcentaje de aporte respectivo al momento de realizar la cotización al Sistema General de Seguridad Social. Su

2021, en el entendido de que las **licencias en la época del parto también son aplicables a los hombres trans y personas no binarias, en los términos señalados en esta sentencia**”. Corte Constitucional. Sentencia C-324 de 2023. M.P. Juan Carlos Cortés González.

¹⁴ **Artículo 48.** La Seguridad Social es 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, en los términos que establezca la Ley.

Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. (...) Constitución Política.

¹⁵ Ley 100 de 1993. “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”

13

fuerza normativa se encuentra en el artículo 204 de la Ley 100 de 1993, el cual indica que la base de cotización será la misma prevista para el Sistema General de Pensiones:

Artículo 204. Monto y distribución de las Cotizaciones. *La cotización obligatoria que se aplica a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud según las normas del presente régimen, será máximo del 12% del salario base de cotización el cual no podrá ser inferior al salario mínimo. Dos terceras partes de la cotización estarán a cargo del empleador y una tercera parte a cargo del trabajador. (...)*

Parágrafo 1. La base de cotización de las personas vinculadas mediante contrato de trabajo o como servidores públicos, afiliados obligatorios al Sistema General de Seguridad Social en Salud, será la misma contemplada en el Sistema General de Pensiones de esta Ley. (Negrilla fuera de texto)

Y, por su parte, el artículo 18 de la referida Ley 100 de 1993, dispuso en relación con la base de cotización al Sistema General de Pensiones:

Artículo 18. Base de Cotización de los trabajadores dependientes de los sectores privado y público. *La base para calcular las cotizaciones a que hace referencia el artículo anterior, será el salario mensual.*

El salario mensual base de cotización para los trabajadores particulares será el que resulte de aplicar lo dispuesto en el Código Sustantivo del Trabajo.

El salario mensual base de cotización para los servidores del sector público será el que se señale, de conformidad con lo dispuesto en la Ley 4 de 1992.

En contraste, el *salario*¹⁶ es una noción propia del derecho laboral, que regula la relación jurídica laboral de subordinación que se presenta entre el empleado y su empleador. En este campo se ha comprendido que el salario corresponde a la remuneración, retribución o asignación que recibe el trabajador por la prestación personal del servicio y para el caso de los servidores públicos por el desempeño de sus funciones.

Además de lo aducido, resulta importante precisar que el régimen contributivo de salud previsto en la Ley 100 de 1993 ofrece, aparte de la atención en salud para el afiliado y sus beneficiarios, *una prestación económica*, exclusivamente para el

¹⁶ El Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, ratificado por la Ley 54 de 1962, define el salario como «la remuneración o ganancia, sea cual fuere su denominación o método de cálculo, siempre que pueda evaluarse en efectivo, fijada por acuerdo o por la legislación nacional, y debida por un empleador a un trabajador en virtud de un contrato de trabajo, escrito o verbal, **por el trabajo que este último haya efectuado o deba efectuar o por servicios que haya prestado o deba prestar**».

cotizante, por incapacidad de origen común¹⁷ por enfermedad general¹⁸. Esta prestación económica corresponde a un *subsidio en dinero*, que tiene por finalidad reemplazar el salario del empleado o empleada para atender sus necesidades de orden económico durante la incapacidad en tanto no percibe el pago de su sueldo durante esa ausencia. En esa misma, línea la Corte Constitucional indicó:

*“(...) 4.1. El **subsidio por incapacidad laboral** hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio. (...)”*¹⁹ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En suma cuando el empleado se encuentra incapacitado no se le cancela un salario como tal, sino que lo que se le reconoce es el pago de un auxilio o subsidio económico que no tiene la connotación de salario, teniendo en cuenta que el auxilio por incapacidad, se define como el reconocimiento de la prestación de tipo económico y pago de la misma que hace la EPS a sus afiliados cotizante, por el tiempo que estén inhabilitados física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su función habitual.

Ahora, el Ingreso Base de Cotización –IBC– y el subsidio económico por incapacidad de origen común por enfermedad general tienen una relación directa, consistente en que el reconocimiento y pago de la referida prestación económica tiene la virtualidad de variar el cálculo del ingreso base de cotización para realizar los aportes al sistema de seguridad social en salud para el mes en que se produce una novedad de incapacidad. En este evento, el ingreso base cotización sobre el que cotiza el empleado se altera y estará integrado por dos ítems: de una parte, por la asignación salarial devengada durante los días que laboró, y por la otra, lo correspondiente al subsidio económico otorgado por el Sistema de Salud, durante el tiempo que estuvo incapacitado.

¹⁷ Artículo 2.2.3.1.3. Definiciones. Para los efectos del presente título se tendrán en cuenta las siguientes definiciones: (...) 7. Incapacidad de origen común. Es 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. **Decreto 780 de 2016.**

¹⁸ **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. Ley 100 de 1993.

¹⁹ Corte Constitucional Sentencia T- 1333 de 2013.

De consuno con lo expuesto, se tiene que el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad lo hace la EPS –quien liquida la licencia de maternidad de acuerdo con el ingreso base de cotización reportado en el día uno (1) de la licencia–, y puede ocurrir –como en el caso consultado–, que la empleada haya presentado una novedad de incapacidad, cuestión que acarrea la consecuencia advertida atrás sobre el IBC para el día uno (1) de la licencia. En atención a esta circunstancia la EPS liquida su licencia de maternidad con un ingreso base de cotización compuesto por los dos rubros: asignación salarial devengada durante los días que laboró y lo correspondiente al subsidio económico otorgado por el tiempo que estuvo incapacitada. La sumatoria de estos ítems, en todo caso, será menor que el *salario devengado* por la empleada al momento de iniciar su período de licencia de maternidad, si se tiene en cuenta que la incapacidad de origen común se reconoce a razón de dos terceras partes (2/3) del salario devengado por la servidora²⁰. En estas circunstancias, sin lugar a duda, se evidencia una afectación económica o desmejora para la gestante por cuanto el monto de la liquidación de licencia de maternidad se vería reducido por efecto de la incapacidad que tuvo que soportar.

Llegado a este punto, resulta claro que pagar la licencia de maternidad con el ingreso base de cotización –cuando dicho ingreso base fue impactado negativamente por una incapacidad de origen común por enfermedad general–, no estaría dando aplicación al mandato legal contenido en el artículo 236 del C.S.T., que advierte que la liquidación de la licencia de maternidad se efectúa con el salario que esté percibiendo la madre al inicio de su licencia de maternidad. Lo anterior por la potísima consideración de que en ese evento se estaría considerando, erróneamente, la prestación económica –subsidio que ofrece Sistema de Seguridad Social en Salud a sus cotizantes–, como salario, cuestión que como se explicó atrás no es así, por tratarse un concepto que tiene una naturaleza y finalidad distinta a la del salario, como previamente también se arguyó.

Así las cosas, estima esta Oficina Asesora de Jurídica que la hermenéutica que más se ajusta a la protección de los derechos de sus servidoras con ocasión de la gestación, que se desprende de la regulación interna e instrumentos de derecho internacional, es que teniendo presente que éstas acceden a la licencia de maternidad en virtud de su vínculo de carácter laboral con la entidad y que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo extendió esta prestación al sector público, el reconocimiento y pago de la referida licencia de maternidad debe reconocerse y liquidarse en los términos ordenado en la aludida norma de derecho laboral, la cual

²⁰ **Artículo 9°. Prestaciones.** En caso de incapacidad comprobada para trabajar, motivada por enfermedad no profesional, los empleados públicos y los trabajadores oficiales tienen derecho a las siguientes prestaciones:

- a) Económica, que **consiste en el pago de un subsidio en dinero**, hasta por el término máximo de ciento ochenta (180) días, que se liquidará y pagará con base en el salario devengado por el incapacitado, **a razón de las dos terceras partes (2/3) de dicho salario**, (...) Decreto 1848 de 1969. (Negrillas fuera del texto)

indica que la licencia de maternidad se liquida con el *salario que esté devengando la empleada al momento de tomar la licencia de maternidad*, independiente de lo que reconozca la respectiva EPS.

La postura jurídica que aquí se avala ha sido defendida por el tratadista Gerardo Arenas Monsalve, exmagistrado de la Sección Segunda del Consejo de Estado, en su profundo y extenso trabajo realizado sobre el derecho de la seguridad social en Colombia²¹. Allí indicó:

“Por tratarse de una norma modificatoria del Código Sustantivo de Trabajo, las reglas básicas se aplican a la relación entre empleadores y trabajadores, independientemente de la manera como los derechos respectivos sean asumidos por el sistema de seguridad social. Por disposición del mismo artículo 236 del C.S.T. estos derechos “no excluyen al trabajador del sector público”, de modo que el campo de aplicación de esta normatividad cubre a los trabajadores particulares, los trabajadores oficiales y los empleados públicos. (Negrillas y subrayas fuera de texto)

Agregando a lo dicho, el artículo 53 de la Constitución Política consagró el principio indubio pro operario, según el cual se deberá aplicar la <<(…) *situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho* (...)>>, que obliga que en todo caso se deberá aplicar la interpretación que más favorezca a la servidora gestante.

En síntesis, esta Oficina Asesora de Jurídica conceptúa que la licencia de maternidad de sus servidoras²² se les debería reconocer y liquidar —cuando su ingreso base de cotización resulte afectado negativamente por una incapacidad de origen común por enfermedad general—, con el salario devengado, que no es la prestación económica o subsidio que recibe por la incapacidad de origen común, *al momento de tomar la licencia de maternidad* y no según lo que reconozca la EPS.

4. RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

De acuerdo a lo analizado procede este Despacho a dar respuesta a las preguntas formuladas, cuestión que se hace en los siguientes términos:

²¹ Arenas Monsalve, Gerardo. El Derecho Colombiano de la Seguridad Social. Tercera Edición. Editorial Legis. Año 2011. Pág. 559.

²² En el entendido que dicho término incluye a los **hombres trans y personas no binarias** como lo señaló la Corte Constitucional en la Sentencia C-324 de 2023. M.P. Juan Carlos Cortés González.

PREGUNTA: *¿Qué valor debe reconocer la Contraloría Distrital de Medellín en calidad de empleador como licencia de maternidad, el salario actual devengado o el IBL reportado el día 1 de la licencia?*

R/ Conforme a la parte motiva de este concepto, esta Oficina Asesora de Jurídica considera que la licencia de maternidad de sus servidoras se debería reconocer y liquidar, cuando el ingreso base de cotización resulte afectado negativamente por una incapacidad de origen común por enfermedad general, con el salario devengado *al momento de tomar la licencia de maternidad* y no según lo que reconozca la EPS.

PREGUNTA: *¿Debe la Contraloría reajustar los pagos realizados por concepto de licencia de maternidad en la vigencia anterior, en el entendido que cancelada con el IBL reportado el día 1 de la licencia?*

R/ Se considera que si el ingreso base de cotización liquidación reportado el día uno (1) de la licencia resultó afectado como consecuencia de una incapacidad por enfermedad general previa, se debería reconocer y reajustar el monto de su licencia de maternidad conforme lo ordena el artículo 236 del C.S.T., es decir, teniendo en cuenta su salario devengado para el momento que inicie el disfrute de su licencia de maternidad.

De esta manera, ésta Oficina Asesora de Jurídica espera haber bridado la ilustración y claridad requerida por el consultante, debiendo señalar que 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, administrativas y jurisprudenciales que se expidan y acojan dentro del asunto.

Atentamente,



JOSÉ NICOLÁS ARENAS HENAO
Jefe de Oficina Asesora Jurídica

Proyectó: Martín Alonso G.