

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

Bogotá D.C.,

ASUNTO: Radicado 202342302644602

Concepto sobre pago de licencia de maternidad cuando hay sustitución de empleadores.

Respetado doctor:

Hemos recibido la comunicación del asunto, mediante la cual plantea unos interrogantes relacionados con el pago de una licencia de maternidad cuando hay sustitución de empleadores, así:

- “1. En los eventos de sustitución patronal, ¿cómo se debe tramitar el pago total de la licencia de maternidad ante la EPS cuando la trabajadora involucrada y el empleador sustituido han cotizado a salud durante todo el periodo de lactancia?”*
- 2. En los eventos de sustitución patronal, considerando que no existe una terminación del contrato laboral ¿A quién le corresponde solicitar el pago de la licencia de maternidad; al empleador sustituto o al empleador sustituido?”*
- 3. En los eventos de sustitución patronal ¿Si la EPS reconoce de manera parcial el pago de la licencia de maternidad al empleador sustituido, debe reconocer el resto del pago al empleador sustituto cuando este eleve la solicitud de reconocimiento?”*
- 4. En los eventos de sustitución patronal, ¿puede la EPS desconocer el pago total de la licencia de maternidad en el argumento de que la reconoció parcialmente al empleador sustituido?”*
- 5. En los eventos de sustitución patronal ¿pueden el trabajador, el empleador sustituto o el empleador sustituido, emprender acciones ante la super intendencia de Salud cuando una EPS se niega a reconocer el pago total de la licencia de maternidad?”*

Al respecto, nos permitimos señalar:

El artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo define la sustitución patronal como: *“Se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios.”*

Ahora, en caso de presentarse la sustitución de empleadores, debe tenerse en cuenta lo que el artículo 68 del Código Sustantivo del Trabajo, señala:

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

“ARTICULO 68. MANTENIMIENTO DEL CONTRATO DE TRABAJO. La sola sustitución de empleadores no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes”.

En virtud de dicha sustitución, el nuevo empleador adquiere responsabilidad respecto de los derechos y prestaciones sociales de los trabajadores, en la forma establecida por el artículo 69¹ del Código Sustantivo del Trabajo.

De otra parte, frente al tema de la licencia de maternidad es importante indicar que el artículo 207² de la Ley 100 de 1993³, establece que el régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud - SGSSS, reconocerá y pagará a cada una de las Entidades Promotoras de Salud - EPS, la licencia de maternidad.

En tal sentido, vale la pena indicar que ésta es una prestación económica que reconoce el Régimen Contributivo del SGSSS, la cual emana de las normas laborales, artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, 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 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.

1. ARTICULO 69. RESPONSABILIDAD DE LOS {EMPLEADORES}.

El antiguo y el nuevo {empleador} responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo {empleador} las satisficere, puede repetir contra el antiguo.

2. El nuevo {empleador} responde de las obligaciones que surjan con posterioridad a la sustitución.

3. En los casos de jubilación, cuyo derecho haya nacido con anterioridad a la sustitución, las pensiones mensuales que sean exigibles con posterioridad a esa sustitución deben ser cubiertas por el nuevo {empleador}, pero éste puede repetir contra el antiguo.

4. El antiguo {empleador} puede acordar con todos o con cada uno de sus trabajadores el pago definitivo de sus cesantías por todo el tiempo servido hasta el momento de la sustitución, como si se tratara de retiro voluntario, sin que se entienda terminado el contrato de trabajo.

5. Si no se celebrare el acuerdo antedicho, el antiguo {empleador} debe entregar al nuevo el valor total de las cesantías en la cuantía en que esta obligación fuere exigible suponiendo que los respectivos contratos hubieren de extinguirse por retiro voluntario en la fecha de sustitución, y de aquí en adelante queda a cargo exclusivo del nuevo {empleador} el pago de las cesantías que se vayan causando, aun cuando el antiguo {empleador} no cumpla con la obligación que se le impone en este inciso.

6. El nuevo {empleador} puede acordar con todos o cada uno de los trabajadores el pago definitivo de sus cesantías, por todo tiempo servido hasta el momento de la sustitución, en la misma forma y con los mismos efectos de que trata el inciso 4o. del presente artículo.

2. **ARTICULO. 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.

3. "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

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. (...)" (Subrayado fuera de texto)

Ahora, frente a las disposiciones vigentes para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad por parte de las EPS, o Entidad Adaptada al aportante se precisa que el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud sustituido por el Decreto 2126 de 2023 dispone lo siguiente

“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 período real de gestación, salvo lo previsto en

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

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.*

(...)" (Subrayado fuera de texto)

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.

Conforme con lo expuesto, se tiene entonces que la base para liquidar el monto de la licencia de maternidad a pagar, es sobre el salario devengado al momento del disfrute de esta, de acuerdo a lo estipulado en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST.

Igualmente, frente a la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, la Corte Constitucional en Sentencia T-526/19 con Magistrado Ponente Alberto Rojas Ríos, mencionó:

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

La licencia de maternidad es la manifestación más relevante de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. Al respecto, la Constitución Política de 1991, en el artículo 43, dispuso lo siguiente:

“(…) La mujer no podrá ser sometida a ninguna clase de discriminación. Durante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado, y recibirá de éste subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia”

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, dispone:

“Se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

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”.

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”

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 cobija 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.

(...)

En lo que respecta al tiempo de cotización, la jurisprudencia constitucional ha señalado que si bien la norma prevé como requisito para acceder a la licencia de maternidad el efectuar aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud durante todo el período de gestación, lo cierto es que dicha prestación debe cancelarse de manera proporcional a las

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

semanas cotizadas. En palabras de esta Corporación se dijo:

“la jurisprudencia Constitucional ha sido reiterativa al sostener que el requisito de cotización durante todo el período de gestación no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de maternidad, puesto que con dicha negativa se está vulnerando el derecho al mínimo vital de la madre y del recién nacido. Motivo por el cual, estableció que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional. Lo anterior con la finalidad de proteger a la madre y al menor de edad”. Así, “si faltaron por cotizar al sistema General de Seguridad Social en Salud menos de dos meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa. Si faltaron por cotizar más de dos meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó”.

(...)

En lo que respecta al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la Sala reitera que, según la jurisprudencia constitucional, dicha prestación representa el ingreso con el que cuenta la mujer trabajadora para atender su subsistencia y la del recién nacido para la época del parto. En este sentido, si la trabajadora no cotizó durante todo el tiempo de la gestación, la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.”

Finalmente, se debe tener en consideración lo dispuesto en el Decreto Ley 019 de 2012, el cual regula en su artículo 121, el trámite para el reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad o paternidad, así:

“Artículo 121. Trámite de reconocimiento de incapacidades y licencias de maternidad y paternidad. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento.

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia.” (Subrayado fuera del texto original).

Así las cosas y para los efectos de la consulta, la norma transcrita establece que el trámite para el reconocimiento de incapacidades debe ser adelantado de forma directa por el empleador ante las Entidades Promotoras de Salud o Entidades Adaptadas y en todo

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

caso, la responsabilidad que le asiste al empleado es informar oportunamente a su empleador respecto de la existencia de la incapacidad.

Expuesto lo anterior, se procede a dar respuesta a los requerimientos planteados, previa transcripción de los mismos, así:

“1. En los eventos de sustitución patronal, ¿cómo se debe tramitar el pago total de la licencia de maternidad ante la EPS cuando la trabajadora involucrada y el empleador sustituido han cotizado a salud durante todo el periodo de lactancia?”

En la normatividad citada en el presente concepto, se establece en términos generales el trámite para el reconocimiento de licencias de maternidad ante las Entidades Promotoras de Salud y las Entidades Adaptadas. Ahora, se precisa que la licencia de maternidad será reconocida por la EPS o Entidad Adaptada en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016, el cual también establece que, 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.

No obstante, debe tenerse en cuenta lo establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia T-526 de 2019, en donde se aclara frente al pago de la licencia de maternidad que: *“la Entidad Promotora del Sistema de Seguridad Social en Salud deberá pagar dicha prestación económica de la siguiente manera: (i) completa, si faltaron por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos de (2) dos meses del período de gestación o, (ii) proporcional al tiempo cotizado, si faltaron por cotizar más de (2) dos meses del período de gestación.”*

Así mismo, es necesario tener en cuenta que el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo refiere como premisa 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”.*

Dicho lo anterior y frente a la inquietud planteada, debe señalarse que, en caso de presentarse una sustitución de empleadores, si la empleada inicia su licencia de maternidad con el anterior empleador es este quien en principio ha debido efectuar el respectivo trámite de reconocimiento de la licencia de maternidad ante la EPS o Entidad Adaptada, para que esta última proceda a reconocer la prestación económica.

No obstante, con ocasión a la sustitución se entiende que los derechos y obligaciones son asumidos por el nuevo empleador quien podrá realizar el cobro ante la EPS, siempre y cuando no haya prescrito la deuda.

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202411601304481

Fecha: 12-06-2024

2. En los eventos de sustitución patronal, considerando que no existe una terminación del contrato laboral ¿A quién le corresponde solicitar el pago de la licencia de maternidad; al empleador sustituto o al empleador sustituido?

Tal y como se expresó en el párrafo anterior, la reclamación de reconocimiento de licencia de maternidad ante la EPS o Entidad Adaptada, debe ser efectuada por quien detente el carácter de empleador al momento de que la trabajadora inicie su licencia de maternidad o por el nuevo, en caso de que la reclamación se presente con posterioridad a materializarse la sustitución patronal.

3. En los eventos de sustitución patronal ¿Si la EPS reconoce de manera parcial el pago de la licencia de maternidad al empleador sustituido, debe reconocer el resto del pago al empleador sustituto cuando este eleve la solicitud de reconocimiento?

Si se han cumplido los condicionamientos establecidos en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016 para el otorgamiento de la licencia de maternidad, la misma deberá ser asumida por la EPS o Entidad Adaptada y por ende reconocida a quien funja como empleador.

4. En los eventos de sustitución patronal, ¿puede la EPS desconocer el pago total de la licencia de maternidad en el argumento de que la reconoció parcialmente al empleador sustituido?

La sustitución patronal no ha sido contemplada per se como causal para negar el reconocimiento de una licencia de maternidad, al punto, si se han acreditado las exigencias establecidas en el artículo 2.2.3.2.1 del Decreto 780 de 2016, la prestación económica en comento debe ser reconocida por la EPS o Entidad Adaptada.

5. En los eventos de sustitución patronal ¿pueden el trabajador, el empleador sustituto o el empleador sustituido, emprender acciones ante la super intendencia de Salud cuando una EPS se niega a reconocer el pago total de la licencia de maternidad?”.

En la actualidad y por disposición de la Ley 1949 de 2019⁴, la Superintendencia Nacional de Salud - SNS perdió la competencia de conocer y fallar en derecho, es decir con función jurisdiccional, las controversias derivadas del reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador.

Ahora, debe señalarse que el usuario del SGSSS que tenga derecho a una prestación económica, y se encuentre inmerso en una controversia por el reconocimiento de una

4. "Por la cual se adicionan y modifican algunos artículos de las leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011, y se dictan otras disposiciones".

202411601304481

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202411601304481**

Fecha: **12-06-2024**

incapacidad, podrá acudir ante la jurisdicción ordinaria, en virtud de lo dispuesto en el artículo 622⁵ de la Ley 1564 de 2012 “*Por medio del cual se expide el Código General del Proceso*”, que conoce en sus especialidades laboral y de seguridad social, de las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras.

En los anteriores términos, damos respuesta a la consulta formulada, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁶ en cuanto a que “*Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución*”, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente;

5. ARTÍCULO 622. Modifíquese el numeral 4 del artículo 2o del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el cual quedará así: (...) “4. Las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos”.

6 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”