



El empleo
es de todos

Mintrabajo

Al responder por favor citar esté número de radicado

Bogotá D.C.,

ASUNTO: Radicado No. 02EE2020410600000007504
LICENCIA DE MATERNIDAD

Respetado señor:

De manera atenta damos respuesta a su solicitud, en la cual solicita información acerca del pago o no de la Licencia de Maternidad de su esposa, al señalar lo siguiente:

“... ésta embarazada ... La fecha probable de parto es a final de abril. Ella nunca ha laborado y por tanto no ha hecho aportes como cotizante en pago de seguridad social (SALUD) y su primer aporte sería el realizado en marzo como médico del hospital. No se si en este caso, a pesar de no haber hecho un aporte de 6 meses, dada su condición de embarazo y primer empleo, ella cuente con algún fuero que le permita recibir remuneración económica relacionada con la licencia de maternidad pese a que no habrá trabajado más de 2 meses al momento de salir a licencia.”

Antes de dar trámite a su consulta, es necesario aclararle que esta Oficina Asesora Jurídica absuelve de modo general las consultas con relación a las normas y materias que son competencia de este Ministerio, de conformidad con el Artículo 8° del Decreto 4108 de 2011, **sin que le sea posible pronunciarse de manera particular y concreta por disposición legal**. En tal sentido, el artículo 486 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 41 del Decreto Ley 2351 de 1965, modificado por el artículo 20 de la Ley 584 de 2000, dispone que **los funcionarios de este Ministerio no quedan facultados para declarar derechos individuales, ni definir controversias cuya decisión esté atribuida a los jueces de la República.**

Contrato de Prestación de Servicios

Sea lo primero aclarar que la Oficina Asesora Jurídica, no es competente para absolver consultas relativas a contratos de prestación de servicios, por cuanto aquellos se encuentran regulados en normas del Código Civil y del Código de Comercio, o la Ley 80 de 1993, en donde las partes son Contratante – (pudiendo ser una Entidad pública o una Persona jurídica privada según sea el caso) y Contratista, quien se obliga a realizar determinada actividad de manera autónoma a favor del primero,

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13
Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63
Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518
Celular
120
www.mintrabajo.gov.co



quien a su vez se obliga a pagarle los honorarios pactados, tema que no es del manejo propio de este Ministerio.

Hecha la precisión anterior, el Contrato de Prestación de Servicios no pertenece al ámbito jurídico laboral, sino que extralimita esta rama del derecho, por ello, no se rige por el Código Sustantivo del Trabajo sino por leyes comerciales, mercantiles o de contratación estatal según el caso. Razón por la cual, entre el contratante y el contratista no existe un vínculo laboral sino una relación de orden civil, comercial o contratación estatal, por lo que no se generan las prestaciones sociales, vacaciones, ni derechos propios de un contrato de trabajo, y una vez terminado el contrato de prestación de servicios, el contratista sólo tendrá derecho al pago de los honorarios, como la remuneración por los servicios prestados.

Así las cosas, es preciso tener claridad que el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la autonomía e independencia del contratista en el ejercicio de sus labores, temporalidad de la vinculación, ausencia de subordinación, ausencia de horario o jornada de trabajo, posibilidad de prestar sus servicios incluso por fuera de las instalaciones propias del contratante, y facultad para utilizar sus propios instrumentos.

Sin perjuicio de lo anterior, efectuaremos el siguiente pronunciamiento a título de orientación:

Licencia de Maternidad

Dicha licencia es un descanso remunerado a favor de toda trabajadora en estado de embarazo, el cual corresponde a 18 semanas conforme lo dispuesto en el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así mismo es una prestación cuyo reconocimiento económico lo realiza la EPS con cargo a los recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud, previo cumplimiento de los requisitos de cotización y pago de aportes a dicho sistema, la Corte Constitucional, en Sentencia T-503 de 2016, la define como la época en la que la madre tiene derecho de atender su salud para recuperarse plenamente, así como las necesidades del recién nacido y no para laborar o ejecutar el servicio. En uno de sus apartes a la letra dice la Alta Corporación:

“LICENCIA DE MATERNIDAD-Manifestación directa del trato preferente durante el embarazo y después del parto/MUJER EMBARAZADA-Protección constitucional especial durante y en la época posterior al parto, así como de las personas adoptantes y de los adoptados

La licencia de maternidad no es una prestación económica más a la que tiene derecho la mujer trabajadora después del parto, sino que constituye una de las manifestaciones más importantes de la protección especial que por mandato de la propia Constitución Política y de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos se le debe prodigar. Implica un deber y una

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



garantía específica de protección para la madre gestante y para el recién nacido. El reconocimiento de la licencia de maternidad, por parte del Legislador, **permite un espacio para que la madre gestante afronte con tranquilidad la dificultad del parto** o para que, de forma extensiva, la persona adoptante cuente con el tiempo y el dinero para iniciar el proceso de adaptación con el niño o adolescente que el Estado autorice entregar en adopción.” (resaltado fuera de texto)

La Ley 100 de 1993 “por el cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”, en el artículo 207 señala, lo siguiente:

“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 de las Unidades de Pago por Capitalización UPC.”

A su vez, el Decreto 780 de 2016 “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”, establece:

“ARTÍCULO 2.1.13.1. Licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que la afiliada cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación.

Quando por inicio de la vinculación laboral en el caso de las trabajadoras dependientes **y en el caso de las trabajadoras independientes se hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación se reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad un monto equivalente al número de días cotizados frente al período real de gestación.**

En los casos en que durante el período de gestación de la afiliada, el empleador o la cotizante independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación.

En el caso del trabajador independiente las variaciones en el Ingreso Base de Cotización que excedan de cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores, no serán tomadas en consideración, en la parte que excedan de dicho porcentaje, para efectos de liquidación de la licencia de maternidad o paternidad.

El empleador o **trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC.**

En el caso del trabajador dependiente, cuando la variación del IBC exceda el cuarenta por ciento (40%) respecto del promedio de los doce (12) meses inmediatamente anteriores se dará traslado a la Unidad

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP y demás autoridades competentes para que adelanten las acciones administrativas o penales a que hubiere lugar.” (subrayado y negrilla fuera de texto) (Art. 78 del Decreto 2353 de 2015)

Es decir, el **Sistema General de Seguridad Social en Salud** contempla el pago de la Licencia de Maternidad como el reconocimiento de una prestación económica, la cual **pagan las EPS con cargo a los recursos del sistema, a sus afiliadas cotizantes**, la cual será reconocida total o proporcional al tiempo cotizado.

La 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*, dice lo siguiente:

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

*“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. **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 ...”** (resaltado fuera de texto)*

Cabe destacar que si durante la época de gestación, la trabajadora no cotizó en su totalidad para cubrir este riesgo al Sistema de Seguridad Social en Salud y tan solo tiene un tiempo de cotización a dicho sistema, tendría derecho a recibir como prestación económica por concepto de Licencia de Maternidad un valor proporcional al tiempo de cotización, calculado de acuerdo al número de días que alcanzó a cotizar, situación que no es óbice para que no disfrute la totalidad del tiempo de descanso que la Ley concede para el efecto, que como se apreció en la norma transcrita con antelación es de dieciocho (18) semanas.

La Corte Constitucional en la sentencia T – 368 de 2015 frente al reconocimiento de la Licencia de Maternidad, precisó lo siguiente:

“2.5. EL PAGO COMPLETO Y EL PAGO PROPORCIONAL DE LA LICENCIA DE MATERNIDAD

“(…)

Efectivamente, la Corte Constitucional inicialmente dio cumplimiento a este requisito en sus fallos, es decir, que para una entidad prestadora de salud reconozca y pague la licencia de maternidad, es necesario que se haya cotizado al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33

Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX

(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano

Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención

Bogotá (57-1) 3779999

Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



Posteriormente esta misma Corporación, modificó tal y como se mencionó en el capítulo precedente, su jurisprudencia teniendo en cuenta como sujetos de especial protección constitucional a la mujer embarazada y al recién nacido, aclarando que tal requisito no se puede aplicar para todos los casos, ya que “la condición según la cual la mujer embarazada, para obtener el pago de la licencia por maternidad, debe haber cotizado durante todo el período de gestación, en ciertas circunstancias, haría que el derecho a la prestación económica referida fuera inocuo afectándose su mínimo vital”. De esta manera, esta Corte protege mediante sus sentencias a aquellos sujetos de especial protección, inaplicado dichas disposiciones legales y, en consecuencia, ordenando que se reconozca y realice el pago de la licencia de maternidad aún cuando no se haya cotizado durante todo el período de embarazo a las entidades prestadoras de salud.

La Corte Constitucional ha venido desarrollando esta medida con el fin de determinar, si el pago de la licencia de maternidad ordenado por el juez de tutela debe ser total o debe ser proporcional al número de semanas cotizadas. La Corte ha señalado que: (i) teniendo en cuenta que tiempo se dejó de cotizar: dado el caso, que faltaran por cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud menos dos (2) meses del período de gestación, se ordena el pago de la licencia de maternidad completa, (ii) si faltaron por cotizar más de dos (2) meses del período de gestación se ordena el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que efectivamente se cotizó.

En la sentencia T-530 de 2007, se determinaron las condiciones que dieron lugar al establecimiento de esta nueva regla en la jurisprudencia de la Corte:

“(…) se introdujo una variable a la posición ya sentada por la Corte en relación con el reconocimiento por vía de tutela de la licencia de maternidad, situación que se reiteró posteriormente en sentencia T-598 de 2006. En esta oportunidad se ordenó reconocer de manera proporcional el pago de la licencia de maternidad, teniendo en cuenta que en este caso la accionante tan solo había cotizado siete meses de su período de gestación. Igual situación se presentó en el caso resuelto en la sentencia T-034 de 2007 en que la accionante se le reconoció el 85.1% de la licencia de maternidad en tanto solo había cotizado, 32 semanas de las 37.6 semanas que duró su período de gestación.

Sin embargo, esta posición jurisprudencial sugirió una nueva variante cuando en sentencia T-206 de 2007, se consideró que partiendo del pago proporcional de la licencia de maternidad, era necesario de todos modos advertir una circunstancia jurídica asumida por la Corte en sentencia T-053 de 2007, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en cuyo caso se había ordenado el reconocimiento de una licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%), de una madre cabeza de familia que había dejado de cotizar por un lapso de 2 meses y dos días, justificado en el hecho de que “en tratándose de la reclamación de la licencia de maternidad, la verificación de los requisitos legales para su procedencia no puede ser tan rigurosa y por tanto, debe prevalecer la aplicación de las normas superiores que regulan la protección doblemente reforzada por la calidad de

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente a aquellas normas que determinan que el periodo de cotización debe ser igual al de la gestación”.

De esta manera, en los casos objeto de revisión en la sentencia T-206 de 2007, se advierten dos circunstancias fácticas distintas: En una de ellas la accionante había dejado de cotizar por diez (10) semanas, término que superaba el mínimo de dos meses establecido en la sentencia T-053 de 2007, razón por la cual se ordenó el pago de la licencia de maternidad de manera proporcional al tiempo que cotizó durante su embarazo. En el otro caso, la accionante había dejado de cotizar por 30 días, lapso inferior al mínimo de los dos meses ya señalados, en cuyo caso se procedió a reconocer la licencia de maternidad en un ciento por ciento (100%).” (Subrayado fuera de texto)

La anterior posición fue reiterada en la Sentencia T- 837 de 2010, donde sostuvo que la Corte Constitucional ordena el pago proporcional en los casos en los que sólo se había dejado de cotizar más de dos meses y pago completo en los casos en que se interrumpe la cotización por un periodo inferior a dos meses por parte de los empleadores o las mujeres trabajadoras independientes. De esta manera, se protege el derecho fundamental al mínimo vital de la madre y del recién nacido.” (subrayado y negrilla fuera de texto)

Conforme a la sentencia transcrita de la Corte Constitucional, en virtud de que la mujer en periodo de gestación es un sujeto de especial protección constitucional, la Licencia de Maternidad según cada caso concreto, tendría lugar a ser reconocida de forma completa o proporcional al periodo cotizado.

Cabe señalar que la Ley 1780 de 2016 “Por medio de la cual se promueve el empleo y el emprendimiento juvenil, se generan medidas para superar barreras de acceso al mercado de trabajo y se dictan otras disposiciones.”, establece una serie de acciones positivas que deberán adelantarse en aras de incentivar la contratación de jóvenes tanto en el sector público como privado, y de manera concreta establece unas excepciones en materia del pago de la matrícula mercantil y su renovación para las denominadas empresas jóvenes según lo establecido en el artículo 2º de la Ley 1429 de 2010, así como del pago de aportes a la Caja de Compensación Familiar para aquellos empleadores que vinculan personas entre los 18 y 28 años de edad.

Fuero de Maternidad

De otra parte, en cuanto al Fuero de Estabilidad Laboral Reforzada por Maternidad, cabe señalar que es una protección constitucional que consiste en la imposibilidad de terminar el contrato de la trabajadora que se encuentra en estado de embarazo o dentro de los tres meses posteriores al parto (es decir comprende el periodo del embarazo y la lactancia), la cual se predica para **todos los contratos sin importar su naturaleza, ni si el empleador o contratante es del sector público o**

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular

120

www.mintrabajo.gov.co



privado conforme a lo establecido por la Corte Constitucional, en sentencias de unificación SU-070, 071 de 2013 y SU -075 de 2018, este pronunciamiento judicial concluyó teniendo en cuenta que, en los contratos de prestación de servicios aun cuando no se genera una relación laboral de subordinación, lo que busca es atender los postulados establecidos en los artículos 43 y 53 de la Constitución Política.

En esta última providencia, cabe destacar lo dicho por la Alta Corporación Judicial en el ámbito del vínculo laboral dependiente, frente a lo cual preciso las competencias del inspector de trabajo, quien para el evento de la solicitud de autorización para desvinculación deberá pronunciarse en relación a las justas causas establecidas en el artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, en efecto indico lo siguiente:

“En la actualidad, el fuero de maternidad se encuentra previsto primordialmente en los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo del Trabajo, los cuales contienen distintas medidas de protección:

*(i) El numeral 1° del artículo 239 del CST impone una **prohibición general de despido a las mujeres** por motivo de embarazo o lactancia y precisa que dicha desvinculación únicamente puede realizarse con “la autorización previa del Ministerio de Trabajo que avale una justa causa”;*

*(ii) En consonancia con la norma anterior, el artículo 240 del CST dispone que, para que sea legal el despido de una trabajadora durante el período de embarazo “o los tres meses posteriores al parto”, **el empleador necesita la autorización del inspector del trabajo o del alcalde municipal, en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. Así mismo, este permiso de desvinculación sólo puede concederse en virtud de una de las justas causas enumeradas en los artículos 62 y 63 del CST**^[159].*

*(iii) El numeral 2° del artículo 239 del CST establece una **presunción**, de conformidad con la cual se entiende que el despido efectuado dentro del período de embarazo y/o dentro de los tres meses posteriores al parto **tuvo como motivo o causa el embarazo o la lactancia**.”(subrayado y negrilla fuera de texto)*

Por su parte, respecto al contrato de prestación de servicios, cabe señalar que frente al mismo igualmente opera la prohibición general de desvinculación de una aforada materna, sin embargo se precisa que en virtud del principio que el contrato es ley para las partes toda vez que son estas quienes mediante el acuerdo de voluntades establecen las condiciones bajo las cuales tiene desarrollo el cumplimiento del mismo, se entendería que al poder estar inmersos derechos fundamentales o el potencial perjuicio irremediable frente a los mismos, sería a través del mecanismo especial, preferente y sumario de la acción constitucional de tutela a través del cual la autoridad judicial se pronunciara respecto a las posibles justificaciones acerca de la continuidad de un vínculo de esta naturaleza.

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co



Para mayor información, se invita a consultar nuestra página web www.mintrabajo.gov.co, en donde entre otros aspectos de interés, se encuentra tanto la normatividad laboral como los conceptos institucionales, los cuales servirán de guía para solventar sus dudas en esta materia.

La presente consulta se expide en los términos del Artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, sustituido por el Artículo 1° de la Ley 1755 de 2015, en virtud del cual los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente,

(original firmado)

ADRIANA CALVACHI ARCINIEGAS

Coordinadora de Atención de Consultas en Materia Laboral
Oficina Asesora Jurídica

Elaboró: María Teresa G.
Revisó / Aprobó: Adriana C.

C:\Users\Laptop\Desktop\TRABAJO EN CASA\02EE202041060000007504 LICENCIA MATERNIDAD AJ.docx

Con Trabajo Decente el futuro es de todos



@mintrabajocol



@MinTrabajoCol



@MintrabajoCol

Sede Administrativa

Dirección: Carrera 14 No. 99-33
Pisos 6, 7, 10, 11, 12 y 13

Teléfonos PBX
(57-1) 3779999

Atención Presencial

Sede de Atención al Ciudadano
Bogotá Carrera 7 No. 32-63

Puntos de atención
Bogotá (57-1) 3779999
Extensión: 11445

Línea nacional gratuita

018000 112518

Celular
120

www.mintrabajo.gov.co