



Concepto 038471 de 2024 Departamento Administrativo de la Función Pública

20246000038471

Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 20246000038471

Fecha: 24/01/2024 10:31:47 a.m.

Bogotá D.C.

REFERENCIA: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. LICENCIA DE MATERNIDAD – RADICADO: 20232061093842 del 11 de diciembre de 2023.

Acuso recibo de su comunicación, a través de la cual consulta: (...) *comediadamente solicito su valiosa colaboración en el sentido que una funcionaria pública disfrutó de licencia de maternidad desde el 13 de junio de 2023 y se reintegró el 16 de octubre de 2023. Que otros beneficios tiene la funcionaria después de terminada la licencia.*

Inicialmente, con base en lo expuesto en su consulta el artículo 43 de la Carta Política de Colombia manifestó:

"ARTICULO 43. La mujer y el hombre tienen iguales derechos y oportunidades. 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 este subsidio alimentario si entonces estuviere desempleada o desamparada. El Estado apoyará de manera especial a la mujer cabeza de familia." (subrayado nuestro, fuera el original).

En base a lo expuesto en su consulta, tenemos que la Ley 2114 de 2021¹ establece:

"ARTÍCULO 2º. Modifíquese el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual quedará así:

ARTÍCULO 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

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 devenga 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. 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.

Todas las provisiones y garantías establecidas en la presente ley para la madre biológica se hacen extensivas en los mismos términos y en cuanto fuere procedente a la madre adoptante, o al padre que quede a cargo del recién nacido sin apoyo de la madre, sea por enfermedad, abandono o muerte, asimilando la fecha del parto a la de la entrega oficial del menor que se ha adoptado, o del que adquiere custodia justo después del nacimiento. En ese sentido, la licencia materna se extiende al padre en caso de fallecimiento, abandono o enfermedad de la madre, el empleador del padre del niño le concederá una licencia de duración equivalente al tiempo que falta para expiration el periodo de la licencia posterior al parto concedida a la madre. La licencia de maternidad para madres de niños prematuros, tendrá en cuenta la diferencia entre la fecha gestacional y el nacimiento a término, las cuales serán sumadas a las dieciocho (18) semanas que se establecen en la presente ley. Cuando se trate de madres con parto múltiple o madres de un hijo con discapacidad, la licencia se ampliará en dos semanas más. La trabajadora que haga uso de la licencia en la época del parto tomará las dieciocho (18) semanas de licencia a las que tiene derecho, de la siguiente manera: a) Licencia de maternidad prepardo. Esta será de una (1) semana con anterioridad a la fecha probable del parto debidamente acreditada. Si por alguna razón médica la futura madre requiere una semana adicional previa al parto podrá gozar de las dos (2) semanas, con dieciséis (16) posparto. Si en caso diferente, por razón médica no puede tomar la semana previa al parto, podrá disfrutar las dieciocho (18) semanas en el posparto inmediato.b) Licencia de maternidad posparto. Esta licencia tendrá una duración normal de diecisiete (17) semanas contadas desde la fecha del parto, o de dieciséis (16) o dieciocho (18) semanas por decisión médica, de acuerdo con lo previsto en el literal anterior.

PARÁGRAFO 1°. De las dieciocho (18) semanas de licencia remunerada, la semana anterior al probable parto será de obligatorio goce a menos que el médico tratante prescriba algo diferente. La licencia remunerada de la que habla este artículo es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento de un hijo, estos días serán descontados de la misma". (Subrayado nuestro, fuera del original).

(...)

En cuanto a su duración, el Decreto 1083 de 2015², señala:

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

De acuerdo a lo anterior, la duración de la licencia será por el término que ley establece, es decir 18 semanas, término que no podrá ser disminuido ni aumentado. Se trata así de un derecho laboral de carácter sustantivo con efectos económicos y temporales en la relación laboral de la cual se origina, en favor del sector de los trabajadores públicos y privados, a cargo del sistema de régimen contributivo al cual se encuentra afiliada, o del propio empleador si no lo está, independientemente de si estén o no cobijados por el sistema integral de seguridad social en salud de la ley 100 de 1993.

Es necesario considerar que la licencia remunerada tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido.

Teniendo en cuenta lo anterior, la licencia de maternidad se constituye como un derecho irrenunciable de la trabajadora. En ese sentido, se considera que la empleada renuncie al disfrute de su licencia de maternidad, por cuanto es un beneficio mínimo laboral irrenunciable y por cuanto dicha licencia no es solamente para beneficiar a la trabajadora, sino que tiene también como fin proteger al niño recién nacido y garantizarle el cuidado y amor por parte de la madre, lo cual tiene incidencia en su desarrollo armónico e integral y en el ejercicio pleno de sus derechos.

De otra parte, la Ley 2306 de 2023 establece:

"ARTÍCULO 6. Modifíquese el artículo 238 del Código Sustantivo del Trabajo el cual quedará así:

ARTÍCULO 238. DESCANSO REMUNERADO DURANTE LA LACTANCIA.

El empleador está en la obligación de conceder a la trabajadora dos (2) descansos, de treinta (30) minutos cada uno, dentro de la jornada para amamantar a su hijo, sin descuento alguno en el salario por dicho concepto, durante los primeros seis (6) meses de edad, y una vez cumplido este periodo, un (1) descanso de treinta (30) minutos en los mismos términos hasta los dos (2) años de edad de menor: siempre y cuando se mantenga y manifieste una adecuada lactancia materno continua. El empleador está en la obligación de conceder más descansos que los establecidos en el inciso anterior si lo trabajadora presenta certificado médico en el cual se expongan las razones que justifiquen ese mayor número de descansos.

Para dar cumplimiento a la obligación consagrada en este artículo, los empleadores deben establecer en un local contiguo a aquel en donde la mujer trabaja, una sala de lactancia o un lugar apropiado para guardar al niño. Los empleadores pueden contratar con las instituciones de protección infantil el inciso anterior.

ARTÍCULO 7. Las competencias asignadas para las entidades territoriales con ocasión de la implementación y ejecución de la política contemplada de la presente ley, deberán hacerse mediante proyectos que deberán estar incorporados en los planes de desarrollo local y atender a lo establecido en el marco fiscal de mediano plazo de cada entidad territorial".

En ese orden de ideas, se evidencia entonces que durante los primeros dos años del menor el empleador deberá otorgar descansos para garantizar la lactancia del menor.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público; así como las inhabilidades e incompatibilidades aplicables a los mismos, me permito indicar que en el link <http://www.funcionpublica.gov.co/eva/es/gestor-normativo> podrá encontrar conceptos relacionados con el tema, que han sido emitidos por esta Dirección Jurídica.

El anterior concepto se imparte en los términos del artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,

ARMANDO LÓPEZ CORTES

Director Jurídico

Proyectó: Jorge González

Aprobó: Armando López.

NOTAS DE PIE DE PÁGINA

1 "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 los artículos 236 y se adiciona el artículo 241a del código sustantivo del trabajo, y se dictan otras disposiciones".

2 "Por medio del cual se expide el Decreto" Único Reglamentario del Sector de Función Pública".

Fecha y hora de creación: 2026-01-17 09:41:20