



Al contestar por favor cite estos datos:
Radicado No.: 20236000309531
Fecha: 25/07/2023 10:36:38 a.m.

Bogotá D.C.

Doctor
FERNANDO ANTONIO CARVAJAL
Subdirector de Gestión de Talento Humano
Ministerio de Hacienda y Crédito Público
Correo electrónico: atencioncliente@minhacienda.gov.co

REF: SITUACIONES ADMINISTRATIVAS. Embarazo durante comisión de estudios al exterior. **RADS.: 20232060618982 del 14 de junio de 2023.**

Reciba un cordial saludo de parte de función pública.

En atención a su oficio de la referencia en el cual consulta sobre el trámite a seguir con servidora pública que se encuentra en comisión de estudios al exterior y va a tener un bebe, me permito manifestarle lo siguiente:

Sea lo primero señalar que, el Decreto 1083 de 2015¹ establece sobre la comisión de servicios:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.21 Comisión. El empleado se encuentra en comisión cuando cumple misiones, adelanta estudios, atiende determinadas actividades especiales en sede diferente a la habitual o desempeña otro empleo, previa autorización del jefe del organismo. La comisión puede otorgarse al interior del país o al exterior.

ARTÍCULO 2.2.5.5.22 Clases de comisión. Las comisiones pueden ser:

(...)

2. Para adelantar estudios.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.27 Derechos del empleado en comisión de servicios. El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña y al pago de viáticos y, además, a gastos de transporte, cuando estos últimos se causen fuera del perímetro urbano. El valor de los viáticos se establecerá de conformidad con los lineamientos y topes señalados en el decreto anual expedido por el Gobierno Nacional.

¹ “Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública”.

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.32 Derechos en la comisión de estudios. Durante la comisión de estudios el empleado tendrá derecho a:

1. **Percibir el salario y las prestaciones sociales que se causen durante la comisión.**
2. A los pasajes aéreos, marítimos o terrestres.
3. que el tiempo de la comisión se le cuente como servicio activo.
4. A los demás beneficios que se pacten en el convenio suscrito entre el empleado público y la entidad que otorga la comisión.
5. A ser reincorporado al servicio una vez terminada la comisión de estudios.

(Numeral Modificado por el Decreto 051 de 2018, art. 8).

(...)

ARTÍCULO 2.2.5.5.35 Duración de la comisión de estudios. La duración de la comisión de estudios al interior o al exterior no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces, siempre que se trate de obtener título académico y previa comprobación del buen rendimiento del comisionado, acreditado con los certificados del respectivo centro académico.

Si se trata de obtener título académico de especialización científica o médica, la prórroga a que se refiere el presente artículo podrá otorgarse hasta por tres (3) veces, bajo las mismas condiciones contempladas en el inciso anterior.

Al vencimiento de la comisión el empleado deberá reintegrarse al servicio, de no hacerlo deberá devolver a la cuenta del Tesoro Nacional el valor total de las sumas giradas por la entidad otorgante, junto con sus respectivos intereses liquidados a la tasa de interés bancario, sin perjuicio de las demás acciones previstas, cuando se hubiere otorgado beca a través del ICETEX. De no hacerlo la entidad deberá hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

Si el empleado comisionado se retira del servicio antes de dar cumplimiento a la totalidad del tiempo estipulado en el convenio, deberá reintegrar a la cuenta del Tesoro Nacional la parte de las sumas pagadas por la entidad, correspondiente al tiempo de servicio que le falte por prestar, incluidos los intereses a que haya lugar. De no hacerlo la entidad deberá hacer efectiva la póliza de cumplimiento.

(Incisos tercero y cuarto Modificados por el Decreto 051 de 2018, art. 9)

La suscripción del convenio no implica fuero de inamovilidad del servicio, ni desconocimiento de los deberes y obligaciones que le asisten al servidor frente a la entidad.

(Modificado por el Art. 1 del Decreto 648 de 2017)

ARTÍCULO 2.2.5.5.36 Terminación anticipada de la comisión de estudios. La comisión de estudios podrá ser terminada en cualquier momento cuando, por cualquier medio, aparezca demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o la disciplina no son satisfactorios, o se han incumplido las obligaciones pactadas. En este caso, el empleado deberá reintegrarse a sus funciones en el plazo que le sea

señalado y prestar sus servicios por el doble del tiempo de duración de la comisión, so pena de hacerse efectiva la garantía, lo anterior sin perjuicio de las sanciones disciplinarias a que haya lugar.

De acuerdo con lo señalado y frente al caso puntualmente presentado tenemos las siguientes características:

- Se podrá otorgar comisión de estudios para adelantar estudios.
- El empleado en comisión de servicios en una sede diferente a la habitual tendrá derecho al reconocimiento de la remuneración mensual que corresponde al cargo que desempeña, así como a las prestaciones sociales que cause durante la comisión.
- La duración de la comisión de estudios al interior o al exterior no podrá ser mayor de doce (12) meses, prorrogable por un término igual hasta por dos (2) veces, siempre que se trate de obtener título académico y previa comprobación del buen rendimiento del comisionado, acreditado con los certificados del respectivo centro académico.
- La comisión de estudios podrá ser terminada en cualquier momento cuando, por cualquier medio, aparezca demostrado que el rendimiento en el estudio, la asistencia o la disciplina no son satisfactorios, o se han incumplido las obligaciones pactadas.

Ahora bien, sobre el disfrute de la licencia de maternidad tenemos:

La Constitución Política, en su artículo 43 regula sobre el tema lo siguiente:

“ARTÍCULO 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 fuera de texto).

El artículo 236 del código sustantivo del trabajo, modificado inicialmente por la Ley 1822 de 2017² y más recientemente por el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021³, dispone:

“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.

Si se tratare de un salario que no sea fijo como en el caso del trabajo a destajo o por tarea, se tomará

² “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”.

³ “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 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.

(...)

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 preparto. 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 fuera de texto).

De conformidad con lo antes expuesto, la licencia por maternidad configura una protección constitucional especial en interés del menor recién nacido y de la madre, y conforme a los términos de la norma que la regula no se contempla ningún evento que permita la interrupción de su disfrute.

En cuanto a su duración el ya citado Decreto 1083 de 2015, señala:

“ARTÍCULO 2.2.5.5.10 Licencias por enfermedad, maternidad o paternidad. 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.

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.”

De esta manera, la duración de la licencia será por el término que ley establece, es decir 18 semanas, término que no podrá ser disminuido ni aumentado y el pago corresponderá a la asignación básica que la empleada este percibiendo al momento de iniciar el disfrute.

Adicionalmente, el artículo 53 de la Constitución Política señala que las leyes laborales tendrán en cuenta los principios de igualdad de oportunidades para los trabajadores, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en dichas normas, protección especial a la mujer, a la maternidad entre otros; derechos y garantías mínimos que son irrenunciables, de esta manera, la licencia de maternidad tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido.

Al punto, vale la pena traer a colación la Sentencia T-224/21, Magistrado Sustanciador Doctor JOSE FERNANDO REYES CUARTAS, donde aborda la naturaleza y finalidad de la licencia de maternidad, indicando entre otras cosas lo siguiente:

“(…) 37. La licencia de maternidad es una de las manifestaciones más relevantes de la protección especial que la Constitución Política y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos le otorgan a la mujer trabajadora. El artículo 43 de la Constitución Política dispone que durante el embarazo y después del parto la mujer gozará de especial asistencia y protección del Estado. Esta protección especial a la maternidad se materializa en una serie de medidas de orden legal y reglamentario dentro de las que se destacan los descansos remunerados en la época del parto. El artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dispone que se debe conceder especial protección a las madres durante un período razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder una licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social. En el mismo sentido, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer indica que, con el 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 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.

La jurisprudencia constitucional ha establecido que el descanso remunerado que se le otorga a la mujer en la época posterior al parto realiza, entre otros, 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. Según esta Corte, la licencia de maternidad es:

“(…) un emolumento que se paga a la madre durante el período determinado por la ley con el fin de reemplazar los ingresos que esta 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”.

Además de tener una connotación económica, de la licencia de maternidad se deriva una doble e integral protección. Es doble por cuanto cubre a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad.

La licencia de maternidad es una medida de protección a favor de la madre del menor y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño. Asimismo, esta incluye el pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía la madre. Esto último con el fin de garantizar la continuidad en la cobertura de sus necesidades vitales y las del recién nacido.

Esta prestación beneficia a las mujeres afiliadas al Sistema General de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo. Es decir, aquellas madres que, con motivo del alumbramiento de sus hijos, suspenden sus actividades productivas y no perciben los ingresos que usualmente cubrían sus necesidades vitales. Dicho reconocimiento será brindado siempre que cumplan con los requisitos establecidos en el ordenamiento jurídico”.

De lo anterior se concluye, que la licencia de maternidad se constituye como un derecho irrenunciable de la trabajadora, por lo que no es procedente que se dé una renuncia a los beneficios que tiene dicha licencia, en tanto que es un derecho protegido por la Constitución y la ley en favor del bienestar de la madre y su hijo recién nacido.

Teniendo en cuenta lo señalado, me permito transcribir sus interrogantes para darles respuesta en el mismo orden de presentación:

1 ¿Es viable con un soporte de médico tratante en el exterior del país, aunque no sea una licencia de su EPS, reconocer y pagar la licencia de maternidad?

Sobre el otorgamiento de la licencia de maternidad, señala la norma que la servidora deberá aportar certificado médico, en el cual debe constar: el estado de embarazo, la indicación del día probable del parto, y 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; frente al trámite ante la EPS deberá acudir directamente ante la que se encuentre afiliada la servidora para que se establezca los documentos que deberán aportarse en el caso puntualmente consultado.

En todo caso, la empleada deberá aportar los documentos establecidos en la ley para el otorgamiento y pago de la licencia.

2. La licencia de maternidad suspende la comisión de estudios. ¿Es posible acceder a la solicitud de la funcionaria para continuar ejecutando la comisión y desarrollando su pènsum académico?

De acuerdo con lo establecido en el artículo 53 de la Constitución Política las leyes laborales tendrán en cuenta los principios de igualdad de oportunidades para los

trabajadores, irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en dichas normas, protección especial a la mujer, a la maternidad entre otros; derechos y garantías mínimos que son irrenunciables, de esta manera, la licencia de maternidad tiene como finalidad el descanso y recuperación de la madre y la atención del recién nacido.

Por lo tanto, se trata de un derecho protegido por la Constitución Política de carácter irrenunciable, adicionalmente se debe tener en cuenta que la licencia de maternidad es una prestación social a cargo del sistema de seguridad social integral de carácter irrenunciable, en consecuencia, no resulta viable no reconocer la licencia de la servidora.

3. En caso de suspenderse la comisión de estudios para otorgar la licencia de maternidad, ¿La prórroga se realizaría desde la finalización de la licencia de maternidad hasta el final del periodo académico o, se sumaría la totalidad del tiempo de licencia al plazo inicial de comisión de estudios?

Se reitera lo señalado en el punto anterior, prevalece el derecho protegido por la Constitución Política, dada la irrenunciabilidad de la licencia de maternidad.

Para mayor información respecto de las normas de administración de los empleados del sector público y demás temas competencia de este Departamento Administrativo, 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 emite en los términos establecidos en el artículo 28 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Cordialmente,



ARMANDO LÓPEZ CORTES
Director Jurídico

Proyectó: Maia Borja
Aprobó: Armando López C.

11602.8.4