

T-114-19

Sentencia T-114/19

DERECHO A LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Caso en que EPS negó prestación por cuanto accionante no cumplió los requisitos mínimos de cotización durante el periodo de gestación de la madre

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

De conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presenten de conformidad con lo establecido en la ley. Por tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante

ACCION DE TUTELA PARA OBTENER RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD-Procedencia excepcional cuando afecta derechos fundamentales

La jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los mecanismos que brinda la jurisdicción ordinaria laboral pueden resultar ineficaces para proteger los derechos de los niños y niñas, los cuales se ven afectados por la denegación del acceso al derecho a la licencia de paternidad. En consecuencia la Corte ha aceptado que en situaciones fácticas como la presente, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales alegados

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia

LICENCIA DE PATERNIDAD Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

La licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo. Por último, configura un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.

LICENCIA DE PATERNIDAD-Requisitos

La Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación

**PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD A TRABAJADORES DEPENDIENTES-Responsabilidad en cabeza de empleador y EPS**

Los obligados a realizar el pago de la licencia de paternidad son, en primer lugar, el empleador actual en virtud de su vínculo contractual y del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 y, en segundo término, la EPS actual que perciba los aportes del usuario del sistema contributivo del SGSSS, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 1822 de 2018

**DERECHO A LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Orden al empleador y a la EPS, pagar la totalidad de la licencia de paternidad al accionante**

Referencia: Expediente T-7.022.081.

Acción de tutela presentada por José Rodolfo Parada Acevedo contra la Nueva EPS.

Procedencia: Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta.

Asunto: Requisito de cotización mínima para el reconocimiento y pago de la licencia de Paternidad. Mínimo vital. Procedibilidad de la acción de tutela para solicitar pago de licencia de paternidad.

Magistrada Ponente:

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por el Magistrado José Fernando Reyes Cuartas y las Magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

**SENTENCIA**

En la revisión de la providencia dictada el 30 de julio 2018 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta, dentro de la acción de tutela promovida por José Rodolfo Parada Acevedo contra la Nueva EPS y el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA.

El asunto llegó a esta Corporación, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2º) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante Auto del 29 de octubre de 2018, la Sala Número Diez de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su

revisión y lo asignó a este despacho para su sustanciación.

## I. ANTECEDENTES

### A. Hechos y pretensiones

1. El señor José Rodolfo Parada Acevedo afirma que se encuentra afiliado a la Nueva EPS como cotizante dependiente desde el 1° de noviembre de 2017 y hasta el momento de la presentación de la acción de tutela[1]. Así mismo, que su empleador, el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA., realizó los aportes correspondientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud durante dicho periodo.

2. El tutelante indica que durante la vigencia de su contrato laboral su esposa dio a luz, por lo que el 15 de mayo de 2018 la Nueva EPS le reconoció licencia de paternidad No. 004301420 de 2018 por un término de 8 días hábiles[2]. En consecuencia, tomó el tiempo de su licencia de paternidad para acompañar a su familia. Sin embargo, su empleador y la EPS le han negado el pago de la misma.

3. Del material probatorio del proceso, se desprende que el accionante reside junto con su pareja y su hijo menor de edad en el municipio de Pamplona, Norte de Santander[3]. Adicionalmente, se conoce que el accionante: (i) es minero desde el año 2015; (ii) percibe quincenalmente un ingreso que oscila entre \$600.000 y \$800.000; (iii) cuenta con nivel educativo de segundo grado de primaria; y (iv) que su pareja no tiene empleo formal, por lo que su familia no posee otras fuentes de ingreso económico[4].

4. Asevera que en la industria minera en la cual labora, se hacen contratos de trabajo a término fijo inferiores a un año que inician en enero de cada anualidad y finalizan aproximadamente el 20 de diciembre, lo anterior debido a que se requiere del mantenimiento en la mina. No obstante, indica que se cotiza durante el mes de diciembre y enero del año siguiente, por lo que no se puede alegar por parte de la EPS que no ha cotizado ininterrumpidamente durante el periodo de gestación de su hijo[5].

5. El accionante interpuso acción de tutela en la que sostiene que el no pago de la licencia de paternidad por parte de la EPS accionada viola sus derechos fundamentales a la seguridad social y al debido proceso[6].

### B. Actuación procesal

Mediante auto del 16 de julio de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta avocó conocimiento de la acción de tutela. Además, vinculó como accionadas al proceso a la Nueva EPS y al Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. para que se pronunciaran sobre los hechos de la demanda[7].

El Juez de instancia, celebró diligencia de ampliación de los hechos soporte de la solicitud de amparo el 17 de julio de 2018. En dicha oportunidad, el accionante manifestó que labora en el consorcio Minero de Cúcuta aproximadamente desde julio de 2017, época desde la cual no se ausentó de las labores que debía realizar, con la única excepción de los 10 días correspondientes a la licencia de paternidad por el nacimiento de su bebé.

## Respuesta del Consorcio Minero de Cúcuta LTDA.

Por medio de su Gerente, el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. informó[9] que el accionante ha suscrito con la empresa varios contratos de trabajo a término fijo, que por lo general inician en los meses de enero y terminan en el mes de diciembre y durante los mismos ha pagado la seguridad social del tutelante, quien se encuentra afiliado a la Nueva EPS desde el 1º de noviembre de 2017.

Refirió que tiene conocimiento que al trabajador se le otorgó la licencia de paternidad mediante el documento número 004301420, expedido por la NUEVA EPS, con fecha del 15 de mayo al 24 de mayo de 2018 para un total de 9 días, la cual no había sido cancelada. Al respecto, aseguró que por disposición legal la licencia de paternidad debe ser pagada por la EPS a la cual se encuentra afiliado el trabajador, y no por el empleador.

Finalmente, aportó como pruebas, copia del pago de afiliación a la Nueva EPS del 27 de febrero de 2018 y copias del pago de los aportes a salud correspondientes a los meses de septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 2017 y de los meses de marzo, abril, mayo y junio de 2018[10]. Los aportes de los meses de septiembre y octubre de 2017 se realizaron a la EPS Comparta, mientras que los demás fueron efectuados a instancias de la Nueva EPS.

Por medio de un segundo documento[11], el Gerente de la empresa, además de reiterar lo manifestado en el escrito de contestación, señaló que el accionante, en el mes de marzo de 2018 devengó \$1.279.605; en el mes de abril \$1.001.499 y en el mes de mayo \$1.071.364. Además, indicó que la licencia de paternidad no ha sido pagada debido a que el valor autorizado por la EPS fue cero (0) pesos y en las planillas de asistencia de la mina se registra que el actor no laboró desde el 14 de mayo al 20 de mayo de 2018.

## Respuesta de la Nueva EPS

La Nueva EPS, con posterioridad al término otorgado, informó que verificado su sistema evidenció que el accionante está activo para recibir la asegurabilidad en el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el Régimen Contributivo desde noviembre de 2017. Para sustentar sus afirmaciones presentó imágenes en las que se exponían los datos de afiliación del accionante y se relacionaban los aportes realizados desde noviembre de 2017 hasta la fecha[12].

Señaló que la entidad determinó no pagar la prestación económica en atención a que no se efectuaron las cotizaciones durante todo el periodo de gestación de la madre. Así, indicó que el accionante no realizó aportes al SGSSS de forma completa, sino que inició en el mes de noviembre de 2017 y dejó de aportar en el mes de enero de 2018. A su vez, explicó que durante algunos meses se realizaron aportes parciales: por 14 días en febrero y por 16 días en marzo. De otra parte, la licencia inició en el mes de mayo, por lo que concluyó que sólo cotizó tres meses de forma completa[13].

También argumentó que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el reembolso de gastos médicos o transportes, incapacidades y licencias de maternidad y paternidad, puesto que para ello existen otros medios jurídicos previstos en la normativa

vigente.

Finalmente, solicitó que se deniegue la acción de tutela interpuesta por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para no aplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio y porque el accionante supuestamente cuenta con otro medio de defensa ante la justicia ordinaria y la Superintendencia de Salud[14].

### C. Decisión objeto de revisión

#### Sentencia de única instancia

Por medio de sentencia del 30 de julio de 2018, el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta denegó la acción de tutela por considerarla improcedente. Indicó que no cumplía el requisito de subsidiariedad, ya que el accionante contaba con un mecanismo expedito, idóneo y eficaz ante la Superintendencia Nacional de Salud para el reconocimiento de las prestaciones económicas solicitadas[15].

El juez de instancia agregó que a partir del material probatorio allegado no era posible concluir que se generara al actor un perjuicio irremediable o una afectación directa a sus derechos fundamentales, por lo que no resultaban aplicables los criterios establecidos por la Corte Constitucional para que procediera la protección de manera transitoria de los derechos invocados.

## II. ACTUACIONES LLEVADAS A CABO POR LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

En sede de revisión, la Magistrada Sustanciadora, mediante Auto del 26 de noviembre de 2018, solicitó varias pruebas con el fin de contar con mayores elementos de juicio para resolver el asunto de la referencia acerca de la situación económica del accionante y su familia, así como de los pagos de aportes efectivamente realizados al SGSSS por parte del accionante.

Así mismo, solicitó a la Superintendencia de Salud que se pronunciara respecto de la interpretación que ha dado a los requisitos consagrados en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 para acceder a la licencia de paternidad.

#### Respuesta de la Nueva EPS

A la Nueva EPS se le ofició para que informara de manera precisa y en relación con lo afirmado por el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA, los aportes en salud realizados a favor del accionante y si presentaron solicitudes de afiliación y desafiliación durante 2017 y 2018. La EPS se limitó a indicar en su respuesta que, de acuerdo con su sistema, respecto del accionante “vale indicar que los aportes son desde el mes de noviembre de 2017 (dejó de cotizar en enero de 2018 - febrero sólo 14 días marzo 16 días)”[16].

No obstante, la EPS no mencionó la información presentada por el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA, ni informó si se presentaron solicitudes de desafiliación y afiliación para el caso del accionante durante 2017 y 2018. Por lo tanto, no se refirió a los aportes realizados

por el accionante con anterioridad a noviembre de 2017.

#### Respuesta de la Superintendencia de Salud

La Sala ofició a la Superintendencia de Salud para que se pronunciara respecto de la interpretación que ha dado a los requisitos consagrados en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 para acceder a la licencia de paternidad. Lo precedente, con el fin de obtener un concepto sobre las semanas de cotización necesarias para acceder a la prestación económica, en el que se tuvieran en cuenta las decisiones que ha adoptado en ejercicio de las competencias que le fueron otorgadas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007.

La Superintendencia de Salud manifestó que “para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad únicamente debe presentarse ante la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el padre, el registro civil de nacimiento del menor dentro de los 30 días siguientes al alumbramiento y deberá acreditarse que el padre ha cotizado durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad, tal como prevé el inciso segundo del parágrafo 2° del artículo 1 de la Ley 1822 de 2017”[17].

Adicionalmente, respecto de la acreditación de la cotización de las “semanas previas” indicó que luego de realizar las consultas jurídicas a las dependencias pertinentes, respecto de las decisiones adoptadas en ejercicio de su función jurisdiccional, se puede afirmar que:

“... desde 2011 con la expedición de la Ley 1468 de 2011, mantuvo la tesis de las semanas previas, entendiéndose como mínimo número plural de semanas 2.

No obstante, con el Decreto 2353 de 2015 y el Decreto 780 de 2016, la norma fue clara en establecer que se requería de todo el periodo de gestación.

Luego con la Ley 1822 de 2017 se vuelve al término de las semanas previas.

De manera que, el periodo de cotización requerido para acceder a la licencia de paternidad dependerá de cuál es la ley vigente al momento de la expedición de la misma”[18].

Por su parte, el accionante no respondió al cuestionario formulado, por lo que la Sala lo requirió nuevamente por medio de auto del 12 de diciembre de 2018.

Así mismo, mediante dicho pronunciamiento requirió a la EPS accionada para que se pronunciara respecto de lo afirmado por el empleador sobre los aportes realizados al Sistema de Seguridad Social en Salud. Tanto el accionante como la EPS se abstuvieron de pronunciarse.

### III. CONSIDERACIONES

#### Competencia

1. Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, la sentencia proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

## Asunto objeto de análisis y problema jurídico

2. El accionante presentó acción de tutela en contra de la Nueva EPS por estimar que la falta del pago de su licencia de paternidad vulnera sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social. Manifestó que en vigencia de su contrato laboral tuvo un hijo por lo que la Nueva EPS le reconoció licencia de paternidad desde el 15 hasta el 24 de mayo de 2018, la cual no le ha sido pagada.

3. El empleador, vinculado como accionado por el juez de instancia, informó que el accionante ha suscrito con la empresa varios contratos de trabajo a término fijo, que por lo general inician en los meses de enero y terminan en el mes de diciembre y de manera ininterrumpida ha pagado su seguridad social. Agregó que no pagó la licencia de paternidad solicitada, en tanto que la EPS autorizó con valor de (0) pesos la respectiva licencia y el accionante no laboró los días correspondientes a dicho periodo.

4. La NUEVA EPS determinó no acceder al pago de la prestación económica al establecer que no se efectuaron cotizaciones durante todo el periodo de gestación de la madre. Afirmó que el accionante no realizó aportes al SGSSS de forma completa, sino que inició en noviembre de 2017 y dejó de aportar en enero de 2018. Además, indicó que la contribución del mes de febrero fue solo por 14 días, en marzo fue por 16 días y la licencia inició en el mes de mayo, por lo cual concluyó que el tutelante sólo cotizó tres meses de forma completa.

Adicionalmente, argumentó que la acción de tutela no es el medio idóneo para solicitar el pago de licencias de paternidad, puesto que para ello existen otros medios jurídicos previstos en las normas vigentes. Por lo anterior, solicitó que se denegara por improcedente la presente acción, por no acreditarse la concurrencia de las exigencias previstas por la Corte Constitucional para inaplicar las normas que racionalizan la cobertura del servicio y porque el accionante cuenta con otros medios de defensa como la justicia ordinaria y el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud.

5. La presente situación fáctica, exige resolver en primer lugar, si la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad. En caso de ser procedente, y en consideración a que esa licencia garantiza el acceso a otros derechos como el mínimo vital, la Sala entrará a resolver el siguiente problema jurídico:

¿Se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del actor al negarse el pago de la licencia de paternidad, con fundamento en que no se cotizó de manera ininterrumpida y durante todo el término de la gestación al sistema de seguridad social en salud?

Para resolver dicho planteamiento, la Sala analizará: (i) la naturaleza y concepto de la licencia de paternidad; (ii) el recuento jurisprudencial y normativo del requisito de cotización mínima para acceder al pago de la licencia de paternidad; (iii) la regla de cotización de las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia de paternidad; y (iv) las personas y entidades responsables de pagar la licencia de paternidad a los trabajadores dependientes; para con las consideraciones que de allí se desprendan resolver el problema jurídico en el (v) caso concreto.

Procedencia de la acción de tutela[19]

Legitimación en la causa por activa y por pasiva

6. Conforme al artículo 86 de la Carta Política, toda persona podrá presentar acción de tutela ante los jueces para procurar la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o algún particular.

Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, regula la legitimación para el ejercicio de la acción de tutela. Dicha norma establece que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por medio de apoderado judicial; o (iv) mediante agente oficioso.

7. En el caso objeto de estudio, se encuentra acreditado que el tutelante tiene legitimación por activa para formular la acción de tutela de la referencia, toda vez que es quien reclama la protección de sus derechos constitucionales fundamentales, presuntamente vulnerados por la entidad accionada.

8. Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso[20]. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y, excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos[21].

Particularmente, el inciso 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud.

9. En el asunto de la referencia, la EPS que funge como demandada es un particular que presta los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forma parte del SGSSS, por lo que contra ella procede la acción de tutela. Por otra parte, el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA., es una persona jurídica de derecho privado respecto de la cual el solicitante afirma tener una relación de subordinación, por lo que es susceptible de ser demandada mediante acción de tutela. De acuerdo con lo anterior, se encuentra demostrada la legitimación por pasiva de la NUEVA EPS y del Consorcio Minero de Cúcuta LTDA.

Inmediatez

10. Esta Corporación ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede interponerse “en todo momento” porque no tiene término de caducidad[22]. No obstante, la Corte también ha sido consistente al señalar que la misma debe presentarse en un término razonable y proporcionado, a partir del hecho que

generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales[23].

El requisito de la inmediatez pretende entonces que exista “una correlación temporal entre la solicitud de tutela y el hecho judicial vulnerador de los derechos fundamentales”[24], de manera que se preserve la naturaleza de la acción de tutela, concebida como un remedio de aplicación urgente que demanda protección efectiva y actual de los derechos invocados[25].

Esta Sala considera que, en este caso, la solicitud de amparo cumple el requisito de inmediatez debido a que la acción de tutela se interpuso dentro de un plazo razonable. En particular, se advierte que entre la fecha en la que se expidió la licencia de paternidad sin pagar, el 15 de mayo de 2018, y la fecha de la interposición del amparo, el 13 de julio de 2018, han transcurrido aproximadamente dos meses.

### Subsidiariedad

11. El principio de subsidiariedad, conforme al artículo 86 de la Constitución, implica que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Sobre el carácter subsidiario de la acción, la Corte ha señalado que “permite reconocer la validez y viabilidad de los medios y recursos ordinarios de protección judicial, como dispositivos legítimos y prevalentes para la salvaguarda de los derechos”[26]. Es ese reconocimiento el que obliga a los asociados a incoar los recursos jurisdiccionales con los que cuenten para conjurar la situación que estimen lesiva de sus derechos.

En otras palabras, las personas deben hacer uso de todos los recursos ordinarios y extraordinarios que el sistema judicial ha dispuesto para conjurar la situación que amenaza o lesiona sus derechos, de tal manera que se impida el uso indebido de este mecanismo constitucional como vía preferente o instancia judicial adicional de protección.

12. No obstante, como ha sido reiterado por la jurisprudencia constitucional, el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, esta Corporación ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad[27]:

(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y,

(ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual la acción de tutela procede como mecanismo transitorio.

13. En cuanto a la primera hipótesis, que se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial al alcance del afectado, se tiene que ésta no puede determinarse en abstracto sino que, por el contrario, la aptitud para la efectiva protección del derecho debe evaluarse en el contexto concreto[28]. El análisis particular resulta necesario, pues en éste podría

advertirse que la acción ordinaria no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o no permite tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados.

14. Ahora bien, en cuanto a la segunda hipótesis, cabe anotar que su propósito no es otro que el de conjurar o evitar una afectación inminente y grave a un derecho fundamental. De este modo, la protección que puede ordenarse en este evento es temporal, tal y como lo dispone el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, el cual indica: “[e]n el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”[29].

15. Las anteriores reglas implican que, de verificarse la existencia de otros medios judiciales, siempre se debe realizar una evaluación de la idoneidad de los mismos en el caso concreto para determinar si aquellos tienen la capacidad de restablecer de forma efectiva e integral los derechos invocados. Este análisis debe ser sustancial y reconocer que el juez de tutela no puede suplantar al juez ordinario. Por tanto, en caso de evidenciar la falta de idoneidad del otro mecanismo, la acción puede proceder de forma definitiva[30].

16. Así las cosas, esta Corporación ha señalado de manera general que, en virtud del principio de subsidiariedad, las acciones de tutela no proceden para el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral, como las licencias de paternidad. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de: (i) las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud; y (ii) los procesos laborales ordinarios.

17. En consecuencia, es necesario analizar la idoneidad y eficacia de estos mecanismos jurisdiccionales con el propósito de establecer si el peticionario puede acudir a ellos —aspecto que implicaría la improcedencia de la acción de tutela— o si, por el contrario, el actor no se encuentra en condiciones de agotar dichos medios judiciales —con lo cual el amparo constitucional sería la vía adecuada para resolver las pretensiones del tutelante—.

(i) Idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud

18. La Ley 1438 de 2011 en su artículo 126 otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para que conozca y resuelva controversias relacionadas con: (i) la denegación de servicios excluidos del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del afiliado; (ii) los recobros entre entidades del sistema; y (iii) el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y el empleador.

La referida norma modificó el trámite previsto originalmente en la Ley 1122 de 2007 y estableció que la competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud debía desarrollarse mediante un procedimiento preferente y sumario[31], con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia. Además, dicha actuación debía garantizar cabalmente los derechos al debido proceso,

defensa y contradicción[32].

También se dispuso que la demanda se podría presentar por “memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual se gozará de franquicia”[33] y que en un término máximo de 10 días se emitiría la decisión de primera instancia, la cual podría ser impugnada dentro de los tres días siguientes a su notificación.

19. La jurisprudencia ha debatido ampliamente si los procesos jurisdiccionales adelantados ante la Superintendencia de Salud para la protección de los derechos de los usuarios, en el marco de las relaciones entre las EPS y los afiliados, tienen un carácter prevalente respecto de la acción de tutela dadas las facultades jurisdiccionales en cabeza de la mencionada entidad.

20. Por una parte, la Corte ha proferido decisiones en las que ha afirmado que no podía entenderse desplazada la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección directa e imperativa del derecho fundamental a la salud, especialmente en los casos en los que se invocaba la protección del acceso efectivo al servicio. Tales providencias indicaban que no era posible predicar indistintamente la prevalencia del recurso jurisdiccional existente ante la Superintendencia de Salud en conflictos de multifiliación y relacionados con la solicitud de pago de prestaciones económicas, así como en los que envolvían el acceso a actividades o procedimientos médicos[34].

21. Por otra parte, este Tribunal ha estimado[35] que el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud tiene carácter principal en las controversias referidas a los asuntos que son competencia de dicha entidad, mientras que el juez de tutela reviste una competencia residual y subsidiaria[36].

En armonía con este entendimiento, ha precisado que, en algunos casos, el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud es idóneo y eficaz para garantizar los derechos fundamentales invocados. Por ende, ha declarado la improcedencia de la acción de tutela cuando los peticionarios omitían agotar dicho trámite[37].

En otros casos, pese a reconocer el carácter principal y prevalente del mecanismo jurisdiccional ante dicha autoridad administrativa, ha considerado que no es idóneo o eficaz para el caso concreto[38], por estimar que no puede utilizarse dicho medio judicial en eventos en los que se requiere la protección urgente de los derechos fundamentales invocados o que concurren circunstancias particulares que hagan imperativa la intervención del juez constitucional[39].

En este sentido, la Corte había dicho que al momento de analizar la eficacia e idoneidad del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud, el juez constitucional debía considerar las siguientes reglas: (i) primero, el procedimiento ante la Superintendencia se debía considerar como principal y prevalente para resolver los asuntos asignados a su competencia por la Ley 1122 de 2007, modificada por la Ley 1438 de 2011, entre los que se encuentran el pago de prestaciones económicas a cargo de las entidades promotoras de salud y del empleador[40]; (ii) segundo, cuando la tutela se considerara como residual, el juez debía analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional

ante la Superintendencia con especial atención de las circunstancias particulares que concurrían en el caso concreto[41].

22. No obstante lo anterior, a criterio de esta Sala de Revisión, la determinación de la idoneidad y la eficacia del mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS a cargo de la Superintendencia de Salud debe tomar en consideración los elementos de juicio recolectados en el marco del seguimiento que ha realizado esta Corporación a la Sentencia T-760 de 2008[42], a través de su Sala Especial de Seguimiento.

23. Por medio de Auto 668 del 2018[43], la Corte Constitucional citó a Audiencia Pública en el marco del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, a diferentes entidades y personas responsables del sistema de salud y a expertos en la materia. Ello, con el fin de evidenciar las problemáticas estructurales que presenta dicho sistema y encontrar soluciones sustanciales y definitivas que permitan avanzar en la efectiva superación de los obstáculos para el goce efectivo del derecho a la salud en Colombia.

24. La diligencia celebrada el 6 de diciembre de 2018 contó con la presencia del Superintendente de Salud, quien señaló entre otras cosas que: (i) para la entidad, en general, es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que les otorga como término la ley; (ii) por lo anterior, existe un retraso de entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son su mayoría y entre las que se encuentran la reclamación de licencias de paternidad[44]; (iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor[45], pues la Superintendencia no cuenta con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se le presentan fuera de Bogotá, ya que carece de personal especializado suficiente en las regionales y posee una fuerte dependencia de la capital[46].

25. En consecuencia, es posible concluir que, de conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional, la entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presentan de conformidad con lo establecido en la Ley. Por lo tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado, el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante.

(ii) Idoneidad y eficacia del mecanismo ordinario de carácter judicial ante la jurisdicción laboral

26. Resulta pertinente destacar que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó a cargo de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver “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 los contratos”.

27. Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los mecanismos que brinda la jurisdicción ordinaria laboral pueden resultar ineficaces para proteger los derechos de los niños y niñas, los cuales se ven afectados por la denegación del acceso al derecho a la licencia de paternidad[47]. En consecuencia, la Corte ha aceptado que en situaciones fácticas como la presente, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales alegados.

28. En este sentido, la Sentencia T-865 de 2008[48], que se pronunció sobre una disputa alrededor del pago de una licencia de paternidad, precisó que a partir de las circunstancias del caso particular, la acción ordinaria no era idónea ni eficaz para proteger los derechos supuestamente vulnerados, en razón a que la duración del trámite judicial tendiente a la definición de la entrega de los recursos económicos solicitados puede ser muy extensa y en consecuencia desproporcionada. Así, consideró que lo anterior implicaba una afectación inaceptable de las condiciones de vida del grupo familiar, puesto que los dineros petitionados se destinarían ordinariamente a garantizar el bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida[49].

29. En consonancia, la Sentencia T-190 de 2016[50] reiteró el criterio jurisprudencial ya mencionado y determinó que, si bien, la licencia de paternidad es un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela, de manera excepcional y cuando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido se encuentren vulnerados por la falta de reconocimiento de la misma, la tutela se transforma en el mecanismo judicial procedente para ello y no sería necesario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

(iii) Procedencia de la acción de tutela para el caso concreto

30. Del material probatorio del proceso, la Sala encuentra que el accionante reside junto con su pareja y su hijo menor de edad en el municipio de Pamplona, Norte de Santander[51]. Adicionalmente, se conoce que el accionante: (i) es minero desde el año 2015; (ii) percibe quincenalmente un ingreso que oscila entre \$600.000 y \$800.000; (iii) cuenta con nivel educativo de segundo grado de primaria; y (iv) su pareja no tiene empleo formal[52].

31. De conformidad con los hechos que no fueron refutados por las accionadas y las consideraciones jurídicas expuestas, la Sala considera que para este caso concreto, la acción de tutela interpuesta resulta procedente como mecanismo definitivo. Lo anterior, debido a que tanto el recurso jurisdiccional a cargo de la Superintendencia de Salud, como el recurso judicial propio de la jurisdicción ordinaria, carecen de idoneidad y eficacia para exigir la protección de las garantías constitucionales supuestamente vulneradas.

32. En primer lugar, el mecanismo de protección de los derechos de los usuarios del SGSSS ante la Superintendencia de Salud resulta ineficaz, pues como se constató en la Audiencia Pública celebrada en el marco del seguimiento de la Sentencia T-760 de 2008, la entidad no cuenta con la capacidad organizativa para resolver de fondo y en un término razonable la controversia planteada por el accionante.

Ello resulta agravado por el hecho de que, como se advirtió por la misma entidad, la

Superintendencia de Salud no tiene presencia en todo el territorio nacional. De esta manera, se debe tomar en consideración que la entidad no tiene sede en el municipio de Pamplona —donde reside el accionante—, pero, además, que aun cuando la tuviera no posee la capacidad operativa para brindar una solución efectiva en el terreno[53].

Ahora bien, resulta claro que el accionante, que tomó los días otorgados por el empleador para apoyar a su pareja, quien no tenía trabajo por lo cual no tenía tampoco acceso a la licencia de maternidad, y al recién nacido, requiere los dineros solicitados para solventar las necesidades más básicas de su núcleo familiar, el cual no cuenta con más ingresos. En consecuencia, el rezago institucional de más de dos años[54] que tiene la Superintendencia al momento de brindar respuesta a las controversias jurisdiccionales sobre las que tiene competencia, puede implicar una afectación grave de los derechos fundamentales del tutelante, que por la naturaleza de la controversia y la situación particular también tendrían un impacto en los integrantes de su familia y, entre ellos, de la madre en periodo de lactancia y del recién nacido quienes cuentan con una protección constitucional reforzada.

33. Por otro lado, respecto del mecanismo judicial de carácter ordinario que posee el accionante debe indicarse que, como lo ha definido la jurisprudencia constitucional, tampoco resulta eficaz para la protección de los derechos fundamentales del menor de edad recién nacido y del accionante. En ese sentido, al igual que sucede respecto del mecanismo existente ante la Superintendencia, la demora que implica la respuesta por parte de un juez ordinario, puede afectar los mencionados derechos fundamentales en la medida que los dineros peticionados se requieren para solventar necesidades básicas del núcleo familiar, que incluye al recién nacido y a la madre lactante.

34. En este sentido, de conformidad con las cifras presentadas en el Informe “Resultados del Estudio de Tiempos Procesales” adelantado por parte del Consejo Superior de la Judicatura, la jurisdicción ordinaria laboral tarda aproximadamente 366 días para surtir la primera instancia de un proceso judicial[55]. Ahora bien, respecto de los jueces de la región oriental, la cual comprende al Departamento de Norte de Santander, el promedio de duración es significativamente mayor.

En ese sentido, mientras que en Bogotá un juez laboral puede dar solución de fondo al conflicto que se le presenta en un promedio de 375 días corrientes, en Cúcuta o Pamplona, municipios en los que el accionante presentó el amparo y tiene su residencia, respectivamente, el juez laboral tarda un promedio de 501 días para resolver la controversia y determinar si procede la garantía del derecho laboral peticionado[56]. En todo caso, no debe perderse de vista que los dineros reclamados se requieren para la manutención inmediata de la familia del accionante, que depende económicamente del salario que este recibe.

Comoquiera que la acción de tutela es el mecanismo procedente en el presente caso, la Sala abordará el fondo del caso y lo planteado para resolverlo.

Naturaleza y concepto de la licencia de paternidad

35. La licencia de paternidad se fundamenta en los artículos 42 y 44 de la Constitución. Tal

y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades[57], la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior de los niños y niñas, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y la atención durante los primeros días de su existencia, permitiéndoles, no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre[58].

Al momento de expedir la Ley 50 de 1990 que reconocía el mencionado derecho, el Legislador consideró que la presencia del padre durante los primeros días de vida del recién nacido es fundamental para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirve para que se afiancen las relaciones paterno-filiales[59]. En armonía con lo precedente, se expidió la Ley 755 de 2002 que consagraba la licencia de paternidad como una prestación autónoma, por oposición al modelo previsto anteriormente que contemplaba su acceso sujeto a la cesión de una semana de la licencia de maternidad[60]. Actualmente, como se expone más adelante, la licencia de paternidad se encuentra regulada por lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite “garantizar al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”[61].

En tales términos la licencia de paternidad está concebida como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención[62]. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y protección y que, además, cuente con los medios económicos para garantizar su mínimo vital.

36. Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que la licencia de paternidad es un desarrollo del derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 42 de la Constitución[63]. Cabe precisar que, en tal sentido, el derecho a gozar de la licencia de paternidad permite el ejercicio de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental[64]. Igualmente, contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños. Así pues, además de constituir un derecho autónomo, la licencia de paternidad es una medida adoptada por el Estado para que los padres trabajadores puedan conciliar el trabajo y la vida familiar no solo desde el cumplimiento de sus deberes parentales, sino mediante una prestación como primer paso para el reparto de las labores de cuidado de los hijos de forma más equitativa.

37. En suma, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y

permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo[65]. Por último, configura un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.

Recuento jurisprudencial y normativo del requisito de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad

38. Como se dijo con antelación, la Ley 755 de 2002 “Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – Ley María”, reconoció por primera vez la licencia de paternidad como derecho laboral de los padres trabajadores. Dicha norma establecía en su artículo 1º, dos requisitos para que procediera el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, a saber: (i) que el padre presentara el Registro Civil de Nacimiento del recién nacido ante la EPS, a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento; y (ii) que el padre hubiere cotizado efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad.

No obstante, la Sentencia C-663 de 2009[66] declaró inexecutable la expresión “cien (100)”, contenida en el inciso 5º del artículo 1º de la ley en comento, al afirmar que si bien era constitucionalmente válido que el Legislador estipulara un requisito de cotización para acceder a la licencia de paternidad, aquel no podía fijarse en cien (100) semanas, pues ello tornaba la disposición estudiada innecesaria y desproporcionada y, en tal virtud, inconstitucional.

La Sentencia sostuvo que el “sacrificio del derecho fundamental al cuidado y al amor de los niños y niñas hijos(as) de padres que no alcanzan a acumular las cien (100) semanas de cotización, y el sacrificio del derecho subjetivo de los mismos padres a dicha licencia de paternidad, no parece compensado con un beneficio financiero que aparezca evidentemente necesario y de mayor relevancia social que la protección efectiva de los recién nacidos, de los padres y sus familias, lograda a través de la atención que puedan darles aquellos a sus hijos(as) en sus primeros días de vida”.

En efecto, el fallo observó que, para garantizar la estabilidad financiera del SGSSS, el Legislador no estimó que fuera necesario exigir a los trabajadores que se ven afectados por enfermedades generales o profesionales ningún número de semanas de cotización previo al reconocimiento de la incapacidad respectiva. De la misma forma, encontró que a las madres que dan a luz, como requisito para acceder a la licencia remunerada de maternidad se les exige cotizar tan sólo durante el período de su embarazo. En consecuencia, advirtió que no resultaba proporcionado ni indispensable que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad se exigiera el cumplimiento de un período de 100 semanas continuas de cotización, previas al nacimiento.

En consecuencia, la sentencia condicionó la exequibilidad de la expresión acusada en el entendido de que “se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”. Lo precedente, de manera que se mantuviera dentro del ordenamiento el requisito de un mínimo de cotizaciones, pero ajustándolo a parámetros de razonabilidad que no significaran

un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales.

Así, respecto de la Ley 755 de 2002 el fallo indicó que, para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podría exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconocía la licencia de maternidad, pues era la situación fáctica más cercana a la de la licencia de paternidad, guardadas las naturales diferencias[67].

39. Un año después, la Sentencia T-1050 de 2010[68] estudió el caso de un hombre que solicitaba el reconocimiento y pago de su licencia de paternidad, la cual le era negada por la EPS accionada, pues le faltaron (4) semanas de cotización correspondientes al periodo de gestación. El fallo tuteló los derechos del accionante y ordenó el pago de la licencia de paternidad petitionada, en los siguientes términos:

“Se colige que en el presente caso procede el reconocimiento de la licencia de paternidad, toda vez que se encontró probada la afectación al mínimo vital del accionante y su familia, y que tan sólo faltaron cuatro (4) semanas de cotización correspondientes al periodo de gestación. En ese orden de ideas, se considera que la licencia de paternidad al gozar de un mismo hecho generador que la licencia de maternidad, su liquidación participa de las mismas condiciones señaladas para aquélla. En observancia de lo expuesto y siguiendo los lineamientos sentados por la jurisprudencia de esta Corporación, respecto del requisito de cotización ininterrumpida por todo el periodo de gestación, esta Sala ordenará el reconocimiento del pago completo de la licencia de paternidad al actor, pues la interrupción en el pago de los aportes no superó las diez (10) semanas (...)”[69].

40. Posteriormente, la Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002[70] y modificó nuevamente el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. A diferencia del criterio anterior, dispuso que para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se requería: (i) presentar el Registro Civil de Nacimiento del menor de edad dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su natalicio; y (ii) que el padre cotizara durante las “semanas previas” al reconocimiento de la respectiva licencia[71].

41. En 2015 se expidió el Decreto 2353 de 2015 “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”. Respecto de la licencia de paternidad, dicho decreto determinaba que:

“ARTÍCULO 80. LICENCIA DE PATERNIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad 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 y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

(...)”

El contenido de la referida norma fue compilado en el artículo 2.1.13.3 del “Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016”, de manera tal que el

Decreto 2353 de 2015 fue expresamente derogado[72].

42. Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-190 de 2016[73] en la cual estudió el caso de un hombre que alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de una EPS que se negaba a reconocer y pagar la licencia de paternidad a la cual supuestamente no tenía derecho con fundamento en que al accionante le faltó cotizar un mes para completar los nueve (9) meses que duró el período de gestación.

La sentencia indicó que como lo había determinado la jurisprudencia constitucional, la licencia de paternidad gozaba del mismo hecho generador que la licencia de maternidad, “por lo que su liquidación participa de las mismas condiciones señaladas para aquella, esto es, que en caso de que se hubiera dejado de cotizar hasta 10 semanas, se procederá al pago completo de la licencia o que si ha dejado de cotizar 11 o más semanas, solamente se reconocerá el pago de las semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación” [74].

El fallo concluyó que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y su hijo, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha establecido que se debe pagar la totalidad de la licencia de paternidad aun cuando faltaren 10 semanas o 2 meses de cotización al sistema de seguridad social en salud, pues ello garantiza la protección de los derechos fundamentales del padre, y sobre todo del recién nacido.

43. Actualmente, se encuentra vigente la Ley 1822 de 2017 que mediante su artículo 1° modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual indica en su párrafo 2° que para el pago de la licencia de paternidad resulta necesaria la presentación el Registro Civil de Nacimiento dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del niño o niña y que el padre haya cotizado durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia de paternidad[75].

Cotización de las “semanas previas” para acceder al pago de la licencia de paternidad

44. De acuerdo con el recuento realizado se observa que, desde la expedición de la Ley 755 de 2002 y hasta que se profirió la Sentencia C-633 de 2009, el padre del recién nacido que solicitara el pago de la licencia de paternidad debía cotizar durante las cien (100) semanas previas al nacimiento para acceder a dicha garantía laboral.

Como se advirtió, la Sentencia C-633 de 2009 declaró la inexecutable de dicho requisito, pues de acuerdo con su ratio es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales. Así mismo, la decisión indicó que no se podría exigir la cotización de un número mayor de semanas a las que se exigía para reconocer el pago de la licencia de maternidad, en la medida que era la situación fáctica

más cercana al caso concreto.

45. La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexecutable por la Sentencia C-633 de 2009 y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.

46. Precisamente, a partir de dicho contexto normativo, algunas autoridades estatales entendieron que la disposición legal exigía la cotización mínima e ininterrumpida de dos (2) semanas al SGSSS para poder acceder al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de paternidad. Dicha interpretación fue asumida específicamente por la Superintendencia de Salud, entidad de carácter técnico que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS[76].

“(…) con la Ley 1468 de 2011, la cual modificó nuevamente el artículo 236 del C.S.T., y constituyó un cambio importante respecto a la licencia de paternidad, apartándose por completo de la regulación existente para la licencia de maternidad, señalando los requisitos, beneficiarios y responsables de pago (…) La Ley 1468 de 2011 no determinó de forma expresa el periodo mínimo que debe ser cotizado por parte del padre, por el contrario, establece el requisito de una forma abstracta y amplia al expresar “semanas previas”. Por lo tanto, a partir del año 2011, se estableció como requisito para acceder a la licencia de paternidad la cotización mínima de las 2 semanas previas al parto, sin que puedan admitirse interpretaciones soportadas en pronunciamientos judiciales que no se encuentran vigentes, o en normas que regulan situaciones jurídicas diferentes”[78].

Ahora bien, se debe indicar que las afirmaciones antes presentadas, obedecían a un cálculo económico que pretendía el financiamiento de las licencias de paternidad sin desestabilizar el SGSSS bajo el principio del equilibrio financiero. Al respecto, la Superintendencia de Salud[79], indicó:

“En términos más puntuales, la financiación de la licencia de paternidad, tiene entre sus fuentes, las cotizaciones que realizan los afiliados, es decir, que el derecho a recibir el pago de la prestación económica, deriva de la participación del usuario como contribuyente. Lo que sustenta la lógica del equilibrio entre la cotización y la prestación económica recibida.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 14[6]8 de 2011 resulta congruente con los parámetros de equilibrio financiero por lo cual es absolutamente procedente el reconocimiento de una licencia de paternidad, que corresponde a 8 días hábiles, por la cotización de las 2 semanas previas. Interpretación que además procura la protección efectiva de los recién nacidos”[80].

Tal entendimiento estuvo vigente en la mencionada entidad hasta que se expidió el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016, el cual determinaba la necesidad de haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación con el fin de reconocer el pago de la licencia de paternidad e impedía la realización de pagos

proporcionales cuando se hubiera cotizado por un periodo inferior al de la gestación[81].

47. Con la expedición de la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y que derogó la Ley 1468 de 2011, el Legislador reiteró que se debía cotizar durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

Responsable del pago de la licencia de paternidad a los trabajadores dependientes

48. De conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado[82].

49. Por su parte, la EPS verifica la procedibilidad del pago solicitado en los términos del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018 y desembolsa los dineros respectivos al empleador en el caso de los trabajadores dependientes. De esta manera, observa la radicación del Registro Civil de Nacimiento del menor de edad en los 30 días siguientes al nacimiento y efectúa el pago al empleador, si el trabajador cotizó durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia de paternidad.

50. Realizado el pago de la licencia de paternidad, la EPS procede a recobrar los dineros ante la ADRES[83] mediante el proceso de compensación reglado en los artículos 2.6.1.1.2.1. y subsiguientes del Decreto 780 de 2016. En el curso de dicho proceso administrativo las EPS recobran las licencias de maternidad y paternidad el último día hábil de la tercera semana del mes respectivo[84].

Ahora bien, es pertinente precisar que en el reconocimiento y pago de las licencias de paternidad no se aplica lo establecido en la Resolución 1885 del 2018 del Ministerio de Salud. Lo anterior, pues esa resolución establece las exclusiones del Plan de Beneficios, que se refiere a su vez, al conjunto de tecnologías en salud a que tienen derecho los afiliados del SGSSS, y no a prestaciones económicas a las que también tienen derecho los afiliados, como la licencia de paternidad.

En este sentido, de conformidad con la Ley 100 de 1993, los afiliados al SGSSS gozan del derecho a acceder: por un lado, al conjunto de tecnologías en salud comprendidas por el Plan de Beneficios; y por el otro, a las prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad no profesional, entre las que se encuentran la licencia de paternidad[85].

En esta medida, dado que el Plan de Beneficios[86] se refiere a un conjunto de tecnologías en salud, es claro que la licencia de paternidad no goza de la naturaleza de los servicios consagrados en dicho plan, y no puede ser excluida del mismo pues nunca ha hecho parte de él. No obstante, el acceso a ambas garantías prestacionales (tecnologías del Plan de

Beneficios y prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad de origen común) está asegurado como un derecho del afiliado del SGSSS[87].

En conclusión, el recobro que procede en este caso entre la EPS responsable del pago de la prestación económica y la ADRES no atiende al cobro excepcional que se surte cuando se reconoce al usuario del sistema de salud un procedimiento excluido en el Plan de Beneficios. Este caso se refiere a una hipótesis distinta, en la que procede el recobro administrativo reglado por el proceso de compensación que se realiza ante el pago de una prestación económica a la que tiene derecho de manera ordinaria el usuario del SGSSS, tal y como sucede en los casos de la licencia de maternidad[88].

51. Conforme lo expuesto, puede observarse la manera en la que se financian los dineros cancelados por concepto de licencia de paternidad a partir de los aportes en salud realizados por los afiliados al régimen contributivo del SGSSS.

Finalmente, es posible que se presente un escenario en el que exista un historial de cotizaciones del usuario al SGSSS que comprometa la realización de aportes a partir de distintos empleadores y hacia diferentes EPS. En dicho caso, los obligados a realizar el pago de la licencia de paternidad son, en primer lugar, el empleador actual en virtud de su vínculo contractual y del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 y, en segundo término, la EPS actual que perciba los aportes del usuario del sistema contributivo del SGSSS, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018.

En principio, no hay restricciones reglamentarias para que un afiliado se traslade de EPS durante el periodo previo al nacimiento del menor de edad, en razón de la licencia de paternidad[89]. De otra parte, tampoco existen disposiciones legales que comprometan como responsable del pago de la prestación a las EPS a las que con anterioridad haya estado afiliado el usuario, aun cuando se haya surtido un traslado durante el periodo de gestación respectivo.

#### Caso concreto

52. José Rodolfo Parada Acevedo presentó la acción de tutela al considerar que la Nueva EPS, vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y a la seguridad social, al no pagar la licencia de paternidad que reconoció el 15 de mayo de 2018. El actor manifestó que cotizó a través de su empleador al sistema de seguridad social en salud de manera oportuna el número de semanas requeridas para obtener el pago de dicha licencia.

53. El Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. indicó que no efectuó el pago de la licencia de paternidad al accionante porque la EPS autorizó (0) pesos en el documento que la reconocía. Por su parte, la EPS accionada indicó que no efectuaría el pago de la licencia en tanto que el señor Parada Acevedo no realizó de manera ininterrumpida y completa los aportes al sistema de seguridad social en salud. Así mismo, sostuvo que la acción de tutela no era procedente para el reconocimiento de pretensiones de carácter económico como es la licencia de paternidad y que, además, el accionante podía acudir a la Superintendencia Nacional en Salud para que fueran concedidas sus pretensiones.

54. La Sala encuentra que el actor realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social en

Salud a través de su empleador, el Consorcio Minero de Cúcuta LTDA., pero también por medio de un tercero llamado Mina Tequendama. Dichos aportes se efectuaron desde el 1° de septiembre de 2017 hasta el momento de expedición de la licencia de paternidad y se interrumpieron durante el mes de enero de 2018 y parte de febrero y marzo del mismo año, como se expone a continuación:

El actual empleador, Consorcio Minero de Cúcuta certificó el pago de aportes al SGSSS de los meses de septiembre y octubre de 2017 a la EPS Comparta. Adicionalmente, allegó prueba de la cotización de noviembre y diciembre de 2017 a la Nueva EPS y de 4 días de marzo y los meses de abril y mayo del 2018 a la misma EPS.

Por su parte, la Nueva EPS, a la que actualmente se encuentra afiliado el accionante, allegó prueba de las cotizaciones antes mencionadas que se le realizaron por el Consorcio Minero de Cúcuta y adicionalmente certificó el pago de 14 días del mes de febrero y 12 días del mes de marzo, realizados a nombre de la razón social "Mina Tequendama". No se pronunció sobre los aportes realizados antes de la fecha de afiliación del accionante.

En síntesis, durante el curso del proceso se probó que el accionante cotizó durante 7 meses aproximadamente. En efecto, los periodos de cotización del accionante al SGSSS se pueden identificar así:

Periodo cotizado

Días

Planilla

Razón Social

EPS

Septiembre 2017

30

15/09/2017

7670736721

Consorcio Minero de Cúcuta

Comparta EPS

Octubre 2017

30

12/10/2017

7672845412

Consorcio Minero de Cúcuta

Comparta EPS

Noviembre 2017

30

17/11/2017

1077675303688

Consorcio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Diciembre 2017

29

18/12/2017

1077677778845

Consorcio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Febrero 2018

14

13/02/2018

Mina Tequendama

Nueva EPS

Marzo 2018

12

10/03/2018

824208990107

Mina Tequendama

Nueva EPS

Marzo 2018

4

15/03/2018

1077684982725

Consorcio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Abril 2018

30

16/04/2018

1077687338495

Consorcio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Mayo 2018

17/05/2018

1077689770947

Consorcio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Mayo 2018

3

17/05/2018

2077689770947

Consortio Minero de Cúcuta

Nueva EPS

Si bien en el presente caso se tiene probado que durante los meses de septiembre y octubre de 2017 se realizó la cotización de aportes de salud a la EPS Comparta, la prestación económica solo se hace exigible eventualmente a la Nueva EPS, como actual entidad obligada legalmente al pago[90]. De la misma manera, no es posible extender ningún tipo de responsabilidad a posibles empleadores con los cuales no existe un vínculo contractual vigente, como lo es la persona denominada Mina Tequendama, tal y como se explicó con anterioridad.

55. Por lo tanto, se tiene que al accionante le faltó cotizar ocho semanas para completar el periodo de gestación correspondiente a las 38 semanas, que alega la Nueva EPS que se requieren para el pago de la licencia de paternidad. No obstante, se encuentra probado que el accionante realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad el día 15 de mayo de 2018, pues tal y como se puede observar, efectuó el pago de los aportes correspondientes a los meses de abril y mayo de 2018 de manera ininterrumpida.

56. Para la Sala, la exigencia de la Nueva EPS de condicionar el pago de la licencia de paternidad a la correlación total entre el periodo de gestación y las cotizaciones viola el derecho del tutelante a la seguridad social y al mínimo vital. Lo precedente, pues el periodo mínimo de cotización exigido en este caso para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad solicitada no se ajusta a las normas vigentes ni a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que garanticen la protección de los derechos fundamentales del accionante que también inciden en el ejercicio de derechos de los miembros de su núcleo familiar, especialmente su hijo menor de edad. Veamos.

57. La Ley 1822 de 2017 condiciona el acceso a la licencia de paternidad a que el padre “haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia”. En tal sentido, respecto de este caso, en primer lugar, no es posible aplicar lo dispuesto en el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016 que prohíbe el pago de la licencia de paternidad si el padre trabajador no ha cotizado a salud durante todo el periodo de gestación de forma ininterrumpida, tal y como lo solicita la EPS, pues dicha norma no es coherente con el ordenamiento constitucional vigente.

58. Al respecto, se debe decir que el contenido normativo dispuesto en el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016 perdió su fuerza ejecutoria a causa del fenómeno jurídico del decaimiento del acto administrativo, ya que la normativa que le servía de sustento material, esto es, la Ley 1468 de 2011 fue derogada por la Ley 1822 de 2017.

Cabe aclarar que si bien el Decreto 2353 de 2015 formalmente no establece como fin la reglamentación de la Ley 1468 de 2011, su sustento normativo atiende a dicha disposición legal, pues desarrolla reglamentariamente las condiciones para acceder a la licencia de

paternidad. Por lo anterior, dado que la Ley 1468 de 2011 fue derogada por la Ley 1822 de 2017, es claro que el artículo 80 del Decreto 2353 de 2015 que se refiere a la licencia de paternidad perdió su sustento jurídico normativo.

59. No obstante, si se considera que la norma no ha sufrido decaimiento alguno en consideración a que las dos leyes citadas modifican un texto materialmente idéntico en lo pertinente y vigente —el artículo 236 del C.S.T.— el contenido del Decreto 780 de 2016 debe ser inaplicado mediante la excepción de inconstitucionalidad.

Cabe recordar que el artículo 4º Superior estipula que la Constitución es norma de normas y en caso de incompatibilidad entre ésta y una ley, prevalece la norma constitucional. Es tal su importancia en un Estado Social de Derecho, que incluso, la inaplicación de una norma contraria a la Constitución es una facultad que debe ejercerse oficiosamente por parte de la autoridad obligada a ello bajo la figura de la “excepción de inconstitucionalidad”.

La facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede darse de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando: “(i) La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental”[91].

Como se indicó, la Sentencia C-633 de 2009 definió que para el reconocimiento de la licencia de paternidad sólo es posible exigir un periodo mínimo de cotización que se ajuste a parámetros de razonabilidad que no impliquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales. De este modo, durante la vigencia de la Ley 755 de 2002 se dispuso por el pleno de esta Corporación que ante la declaratoria de inexecutable del periodo mínimo de cotización establecido por el Legislador en 2002, se debía hacer una remisión a las reglas sobre la licencia de maternidad en tanto era la situación fáctica más similar a la de la licencia de paternidad, guardadas sus naturales diferencias.

Si bien la Ley 755 de 2002 no está vigente, es claro que las reglas jurisprudencialmente establecidas para la licencia de maternidad[92] han definido que se ajusta a parámetros de razonabilidad el pago de su totalidad cuando faltan dos meses de cotización, o su pago proporcional cuando falta más de dicho periodo de cotización[93]. En consecuencia, exigir la cotización ininterrumpida de todo el periodo de gestación para acceder al pago de la licencia de paternidad no se desconoce los parámetros de razonabilidad y contraviene la jurisprudencia constitucional, pues en este caso resulta aún más desproporcionado el sacrificio de derechos fundamentales si se tiene en cuenta que la prestación laboral que implica la licencia de paternidad es significativamente menor a la que otorga la licencia de maternidad.

Resuelta la no aplicación de las reglas del Decreto 2353 de 2015, compilado en el Decreto 780 de 2016, en segundo lugar, la Sala definirá el periodo mínimo de cotización requerido para acceder al pago de la licencia de paternidad en el caso concreto.

61. De conformidad con la Ley 1822 de 2017, para reconocer la licencia remunerada de paternidad se requiere que el padre haya cotizado al SGSSS durante las “las semanas previas al reconocimiento de la licencia”.

62. Como se puede observar, en la Ley 1822 de 2017 el Legislador no estipuló un número de semanas mínimas requeridas para acceder a la licencia de paternidad, como sí lo hizo en la Ley 755 de 2002. Por lo anterior, la determinación del requisito mínimo de cotización que realice la Sala debe ceñirse a la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y tener en cuenta los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia constitucional en la materia.

63. Por un lado, podría interpretarse que el requisito mínimo de cotización para acceder a la licencia de paternidad se define por la remisión a las reglas jurisprudencialmente definidas para el reconocimiento de la licencia de maternidad, tal y como lo propone la Sentencia T-190 de 2016 expedida en vigencia de la Ley 1468 de 2011 y del Decreto 2353 de 2015. De acuerdo con ese entendimiento el pago de la totalidad de la licencia de paternidad procedería cuando falten dos meses de cotización, mientras que cuando falte más de dicho periodo de cotización procedería el pago proporcional.

64. Por otro lado, de la lectura literal del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 se podría interpretar válidamente que se requiere la cotización de un número plural de semanas para acceder al reconocimiento de la licencia de paternidad. En ese sentido, por oposición a (1) una semana entendida en singular se requeriría la cotización efectiva de por lo menos 2 semanas al sistema de aseguramiento en salud para acceder a la licencia de paternidad.

65. En este marco y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el principio de “in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio”, cuando una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, el operador jurídico debe escoger aquella hipótesis que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador[94]. Ahora bien, para que el intérprete de la norma pueda aplicar el principio constitucional de “in dubio pro operario”, debe tener una “duda” seria y objetiva entre interpretaciones de carácter razonable[95].

66. Al respecto, se debe afirmar que la Sentencia T-190 de 2016 fue expedida antes de que estuviera en vigencia la Ley 1822 de 2017 y acogió el periodo mínimo de cotización establecido por la Sentencia C-663 de 2009 que se pronunció sobre la Ley 755 de 2002, actualmente derogada. Adicionalmente, la Ley 1822 de 2017 actualizó los contenidos de la mencionada ley derogada, de manera que en su texto presenta una forma similar al de la norma examinada por la Sala Plena en 2009, pero no reproduce de manera idéntica su contenido.

En efecto, la Ley 1822 de 2017 prescindió de la expresión “100 semanas” contenida originalmente en el inciso examinado por la Sala Plena en la Sentencia C-663 de 2009 y declarado inexecutable. Así, el Legislador no estipuló en 2017 un número de semanas mínimas requeridas como lo hizo en 2003 y tampoco plasmó su voluntad en el sentido de que dicho requisito fuera interpretado como el que adoptó la Sala Plena en 2009 por

remisión a las reglas de la licencia de maternidad, aun cuando existieran otras interpretaciones más progresivas del derecho laboral en cuestión[96]. En consecuencia, es posible concluir que la Ley 1822 de 2017 y la Ley 755 de 2002, son diferentes tanto formal como materialmente.

67. De conformidad con lo anterior, no obstante que la Sentencia C-663 de 2009 se pronunció sobre una norma actualmente derogada, la ratio de su decisión brinda parámetros útiles de interpretación de la norma vigente como precedente de apoyo. Así, es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales.

68. La interpretación de la norma que sugiere la necesidad de haber cotizado por lo menos dos semanas al SGSSS es coherente con el criterio jurisprudencial sentado por la ratio de la Sentencia C-663 de 2009, pues por un lado garantiza el equilibrio financiero del sistema de salud y por el otro, maximiza la protección de los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad y de su familia.

69. Respecto de la garantía del equilibrio económico del SGSSS, la Sala observa que el requisito de cotización mínima de por lo menos dos semanas encuentra respaldo en los múltiples pronunciamientos aportados por la Superintendencia de Salud, entidad que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS. Lo anterior en razón a que dicha entidad tuvo en cuenta en todos sus pronunciamientos de naturaleza jurisdiccional el financiamiento de la licencia de paternidad bajo el principio del equilibrio financiero.

70. En cuanto a la maximización de la garantía de los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad, hay que tener en cuenta que por la naturaleza de la figura antes explicada, esta protege también los derechos de la madre lactante y sobretodo del recién nacido. En este sentido, la Sala recuerda que el derecho a la licencia de paternidad no solo constituye una herramienta para materializar los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y los niños y niñas como sujetos de especial protección constitucional, sino además contribuye a la eliminación de estereotipos de género negativos sobre el cuidado de los menores de edad ligado exclusivamente a las mujeres.

71. Como consecuencia de lo anterior, la Sala considera que la interpretación de la norma que supone como requisito para acceder al derecho a la licencia de paternidad la cotización efectiva de por lo menos dos semanas al SGSSS es razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, en la medida que garantiza la protección del SGSSS y protege en una mayor medida los derechos fundamentales que la interpretación de la norma que sugiere la remisión a las reglas jurisprudenciales de la licencia de maternidad. Por lo tanto, en atención al principio constitucional de “in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio”, la Sala determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto.

72. En tercer lugar, al descender al caso, en atención a las circunstancias particulares del

accionante y su núcleo familiar esta Sala observa que exigir la cotización completa e ininterrumpida correspondiente al periodo de gestación para reconocer la licencia de paternidad afecta directa y desproporcionadamente el derecho al mínimo vital del accionante, lo cual también tiene consecuencias en el ejercicio y la garantía de los derechos de su pareja, quien se encuentra en periodo de lactancia, y del niño recién nacido. Por lo anterior, la vulneración de los derechos del accionante al mínimo vital y a la seguridad social también implica contrariar el interés superior del niño.

En efecto, se probó que la subsistencia del accionante y su núcleo familiar se ve seriamente afectada por la falta de pago de los dineros correspondientes a la licencia de paternidad, pues dicho tiempo fue efectivamente tomado por el accionante para cuidar a su hijo recién nacido, por lo que no recibió el pago de su salario y adicionalmente su pareja no tiene trabajo estable, por lo que no fue beneficiaria de licencia de maternidad. Por otro lado, lo anterior no se corresponde con el hecho probado, de que bajo el análisis de la Superintendencia de Salud, los aportes al SGSSS realizados por el accionante cubrieron efectivamente la posibilidad financiera de realizar el pago de la prestación solicitada de manera sostenible.

La mencionada situación implica que se desincentive el ejercicio del derecho a la licencia de paternidad, pues la exigencia de requisitos desproporcionados para los padres trabajadores les obligará a rechazar la posibilidad de tomar los días otorgados e invertir dicho tiempo en el cuidado del menor de edad, para continuar laborando con el fin de recibir el pago de su salario con normalidad. Por lo tanto, el padre trabajador seguirá rehusando su deber de cuidado de los hijos menores de edad y trasladará toda la carga a la madre lactante, quien ha asumido tradicionalmente el rol de protección de los recién nacidos, lo cual impacta también el derecho a la igualdad.

En esa medida, la denegación de la licencia de paternidad implicaría la obstaculización de los objetivos del Estado Social de Derecho, dentro de los que se encuentra la materialización de la igualdad entre hombres y mujeres respecto de la asunción de cargas y responsabilidades equitativas al interior de la familia, entendida como núcleo fundamental de la sociedad.

73. De acuerdo con lo expuesto, el accionante cumplió el requisito legal establecido para que procediera el pago de la licencia de paternidad petitionada, pues realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad el día 15 de mayo de 2018. Por lo tanto, la EPS debió ordenar el pago de los días de trabajo cubiertos por la licencia en la certificación entregada al accionante para que el empleador realizará su respectivo pago, en consecuencia su denegación implica la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y de su familia.

74. Ahora bien, para la Sala la actuación del empleador es legalmente reprochable pues desconoce que, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica. De esta manera, si bien es cierto que existió un debate sobre el cumplimiento del requisito mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad del accionante, también lo es que dicho debate debió surtirse entre el empleador y la EPS respectiva, pues el trámite de

reclamación del derecho no está a cargo del trabajador.

75. Así las cosas, la Sala procederá a revocar la decisión de única instancia, proferida el 30 de julio 2018 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta, por medio de la cual se negó la protección de los derechos fundamentales del accionante. En su lugar, concederá la protección del derecho fundamental a la seguridad social de José Rodolfo Parada Acevedo.

En virtud de lo anterior, le ordenará al Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si todavía no lo ha hecho, al pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor José Rodolfo Parada Acevedo. Así mismo, el empleador podrá repetir contra la NUEVA EPS para que desembolse los dineros correspondientes para cubrir el pago de la mencionada prestación económica.

76. Finalmente, se procederá a negar la pretensión subsidiaria de la EPS de ordenar expresamente en la parte resolutive de la sentencia el recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) “dentro de los quince días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente (...) por concepto del 100% del costo de los servicios que estén fuera del Plan de Beneficios de Salud y le sean suministrados al usuario”[97].

Lo anterior, ya que de conformidad con la Resolución 1885 de 2018, proferida por el Ministerio de Salud sólo es objeto de recobro dentro del régimen contributivo los ítems garantizados a los usuarios no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud. Como se advirtió las licencias de paternidad no se encuentran excluidas, ya que no hacen parte de tal lógica por no ser tecnologías de la salud. Lo anterior, sin perjuicio de que se surta el trámite de compensación pertinente reglado por el Decreto 780 de 2016.

## Conclusión

La Sala Sexta de Revisión de Tutelas, concluye que se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, toda vez que cumplió el periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad que en este caso debe entenderse de por lo menos dos semanas, pues dicha interpretación jurídica del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 resulta la más favorable al trabajador y, a su vez, protege efectivamente el interés superior de los niños y, finalmente, se ajusta a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la protección de los derechos fundamentales del accionante sin poner en riesgo el equilibrio económico del SGSSS.

## IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución Política,

## RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia, proferida el 30 de julio 2018 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta. En su lugar, CONCEDER la

protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital de José Rodolfo Parada Acevedo.

SEGUNDO.- ORDENAR al Consorcio Minero de Cúcuta LTDA. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si no lo ha hecho, al pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor José Rodolfo Parada Acevedo. Así mismo, ORDENAR a la NUEVA EPS que desembolse los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017.

TERCERO.- LÍBRESE la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACION DE VOTO DEL MAGISTRADO

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

A LA SENTENCIA T-114 DE 2019

LICENCIA DE PATERNIDAD-Se deben precisar las razones constitucionales para aceptar que quien pretenda acceder a la licencia de paternidad, debe cotizar solamente dos semanas previas al parto (aclaración de voto)

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Corte me permito expresar las razones que me llevan a aclarar el voto en la sentencia T-114 del 14 de marzo de 2019.

1. En la referida providencia la Corte revisó y revocó la sentencia del 30 de julio de 2018 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta y, en su lugar, concedió la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor José Rodolfo Parada Acevedo, dentro de la

acción de tutela interpuesta contra la Nueva E.P.S. y el Consorcio Minero de Cúcuta Ltda., ante la negativa a pagarle la licencia de paternidad que reclamaba, por no cumplir con el requisito mínimo de cotización.

Preliminarmente, la Sala analizó los requisitos de procedencia de la acción de tutela y, en cuanto a la subsidiariedad, encontró que el mecanismo jurisdiccional de protección a cargo de la Superintendencia Nacional de Salud, entidad que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del Sistema General de Seguridad Social en Salud -en adelante SGSSS-, no es idóneo y eficaz para proteger los derechos conculcados.

Tal tesis se fundamentó en lo expresado por el Superintendente Nacional de Salud en la audiencia pública en el marco del seguimiento a la sentencia T-760 de 2008[98] donde: i) para la entidad, en general, era imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los 10 días que otorga la ley; ii) por lo anterior, existe un retraso entre dos y tres años para solucionar de fondo las controversias conocidas en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico, que son la mayoría, entre las que se encuentra la reclamación de licencias de paternidad; y, iii) en las oficinas regionales la problemática es aún mayor, pues no cuenta con la capacidad logística, organizativa y humana suficiente para dar solución a los problemas jurisdiccionales y poseen una fuerte dependencia de la capital.

La sentencia también señaló que el mecanismo ante la jurisdicción ordinaria laboral podía resultar ineficaz para proteger los derechos supuestamente vulnerados, debido a la duración del trámite judicial tendiente a la definición de la entrega de los recursos económicos solicitados.

Al abordar el asunto, la Sala realizó un recuento jurisprudencial y normativo del requisito de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad, determinando que con la expedición de la Ley 1822 de 2017, el legislador reiteró que se debía cotizar durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. En este sentido, referenció que la Superintendencia Nacional de Salud exige como mínimo una cotización de dos semanas al sistema de salud para obtener el reconocimiento y pago de dicha prestación, por el contrario la E.P.S. accionada consideró que la cotización debió ser durante todo el periodo de gestación.

Por lo anterior, concluyó la Corte que la determinación del requisito mínimo de cotización debe ceñirse a la aplicación del principio de favorabilidad consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, teniendo en cuenta los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia constitucional en la materia.

Respecto de la garantía del equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud, esta Corporación observó que el requisito de cotización mínima de por lo menos dos semanas, se respaldó en los múltiples pronunciamientos aportados por la Superintendencia Nacional de Salud, según los cuales este no se ve afectado al reconocerse una licencia de paternidad que corresponde a 8 días hábiles, por la cotización de las 2 semanas previas.

Ante este panorama, la Sala concluyó que se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, toda vez que cumplió el periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad, que en este caso debió

entenderse de por lo menos dos semanas, pues esa interpretación jurídica del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, resultó más favorable al trabajador sin afectar los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad del equilibrio financiero del SGSSS y protegió efectivamente el interés superior del menor.

2. Comparto la decisión de conceder la protección de los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del señor José Rodolfo Parada Acevedo, empero me veo precisado a aclarar mi voto en el sentido de que resulta necesario sustentar las razones constitucionales para aceptar que quien pretenda acceder a la licencia de paternidad debe cotizar solamente dos semanas previas al parto, con fundamento en las siguientes consideraciones:

En primer lugar, la Superintendencia Nacional de Salud no motiva suficientemente su regla; simplemente expuso que no se pueden admitir “interpretaciones soportadas en pronunciamientos judiciales que no se encuentran vigentes” y que respeta la “lógica del equilibrio entre la cotización y la prestación económica recibida”.

En segundo lugar, en términos económicos ¿la regla sí responde a los parámetros de equilibrio financiero del sistema? De acuerdo a las diferentes interpretaciones constitucionales, exigir un tiempo mínimo de cotización persigue imperiosamente evitar un abuso del beneficio económico que la licencia presenta y que se origine un desequilibrio financiero[99].

Al respecto, es menester señalar que en virtud del seguimiento a las órdenes impartidas en la sentencia T-760 de 2008, en el Auto 411 de 2016, esta Corporación señaló que con la implementación de la Ley 100 de 1993, el legislador ha recalcado la importancia de la correcta financiación y destinación de los recursos de salud, estableciendo la sostenibilidad financiera como uno de los principios que rigen el sistema, mediante el cual “las prestaciones que reconoce el sistema se financiarán con los recursos destinados por la ley para tal fin, los cuales deberán tener un flujo ágil y expedito. Las decisiones que se adopten en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud deben consultar criterios de sostenibilidad fiscal. La administración de los fondos del sistema no podrá afectar el flujo de recursos del mismo”[100].

Adicionalmente, con la expedición de la Ley 1751 de 2015, Estatutaria de Salud, se estableció la obligación del Estado de “adoptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población”[101].

Igualmente, el literal i) del artículo 6.º de la misma Ley, consagró los elementos y principios del derecho fundamental a la salud, estableciendo que el Estado debe disponer de los recursos necesarios y suficientes para asegurar el goce efectivo y progresivo del derecho, conforme a las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal y los medios que la Ley disponga.

En la sentencia C-313 de 2014, esta Corporación se pronunció sobre la exequibilidad de la Ley Estatutaria de Salud. En lo que respecta al literal i) del artículo 5.º, sostuvo que la

sostenibilidad financiera no solo permite la adecuada y oportuna prestación del servicio de salud sino que se relaciona directamente con la cobertura del mismo. Por lo tanto, cualquier dificultad que se llegare a presentar con la disponibilidad de los recursos, traería consigo la imposibilidad de mejorar y ampliar el servicio. Por esa razón, la Corte resaltó la necesidad de cumplir de manera urgente con el deber de adoptar la regulación y las políticas para financiar de manera sostenible el sistema de salud[102].

En igual sentido se pronunció este Tribunal en lo que respecta al literal i) del artículo 6.º estatutario. Concluyó que la sostenibilidad fiscal tenía arraigo constitucional, al ser un criterio orientador encaminado a lograr progresivamente los fines esenciales del Estado Social de Derecho y ninguna autoridad podía prevalerse de tal herramienta para restringir el alcance o negar la protección efectiva de los derechos fundamentales[103].

3. Siendo así, no puede afirmarse que de la lectura literal del parágrafo 2.º del artículo 1.º de la Ley 1822 de 2017, se inferiría válidamente que se requiere la cotización mínima de 2 semanas al sistema de aseguramiento en salud para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad.

Por lo tanto, considero que si bien el actor tiene derecho a que se le cancele el auxilio por paternidad debidamente reconocido por la E.P.S., este se debe liquidar en forma proporcional a las cotizaciones que realizó. Lo anterior, con el fin de lograr un equilibrio financiero que permita mantener la cobertura de la población protegida y a la vez garantice su permanencia en el tiempo, de lo contrario el sistema se vería obligado a reconocer una prestación económica que en algunos casos sería superior al valor de la cotización realizada por el afiliado.

Finalmente, cabe recordar que esta había sido la posición de la Corporación al momento de analizar la constitucionalidad de la Ley 1751 de 2015.

En los anteriores términos dejo consignada mi aclaración de voto.

Fecha ut supra,

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

[1] CD proceso digital. "TUTELA".

[2] CD proceso digital. "TUTELA".

[3] CD proceso digital. "MEMORIAL NUEVA EPS 19-07".

[4] CD proceso digital: "ACTA AUDIENCIA".

[5] CD proceso digital. "TUTELA".

[6] CD proceso digital. "TUTELA".

[7] CD proceso digital. "AUTO AVOCA".

- [8] CD proceso digital. "ACTA AUDIENCIA".
- [10] CD proceso digital. "MEMORIAL CONSORCIO MINERO (17-07)".
- [11] CD proceso digital. "MEMORIAL CONSORCIO MINERO (22-07)".
- [12] CD proceso digital. "MEMORIAL NUEVA EPS 19-07".
- [13] CD proceso digital. "MEMORIAL NUEVA EPS 19-07".
- [14] CD proceso digital. "MEMORIAL NUEVA EPS 19-07". Como petición subsidiaria solicitó que en caso de ser concedida la acción, se ordene expresamente en la parte resolutive de la sentencia que la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), dentro de los quince (15) días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente, pague a la NUEVA EPS el 100% del costo de los servicios que estén fuera del Plan de Beneficios de Salud y le sean suministrados al usuario.
- [15] CD proceso digital. "FALLO".
- [16] Cuaderno 1. Folio 27.
- [17] Cuaderno 1. Folio 33.
- [18] Cuaderno 1. Folio 33.
- [19] Con el objetivo de respetar el precedente constitucional, promover una mayor eficiencia en la administración de justicia y habida cuenta de que la Corte Constitucional ha decantado un estándar para resumir de manera detallada las reglas jurisprudenciales sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela se tomarán como modelo de reiteración los parámetros fijados por la Magistrada Sustanciadora en las Sentencias T-375 de 2018, T-278 de 2018, T-084 de 2018, T-401 de 2017, T-340 de 2017, T-163 de 2017, T-662 de 2016, T-144 de 2016 y T-603 de 2015.
- [20] Sentencias T-401 de 2017 y T-373 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [21] Artículo 42 y siguientes del Decreto Ley 2591 de 1991.
- [22] Sentencia SU-961 de 1999; M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.
- [23] Sentencia T-038 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [24] Sentencia SU-241 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [25] Sentencia T-091 de 2018. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- [26] Sentencia T-603 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; Sentencia T-580 de 2006. M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.
- [27] Sentencia T-662 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- [28] Sobre el particular, la Corte ha establecido que "el medio debe ser idóneo, lo que

significa que debe ser materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales. Además, debe ser un medio eficaz, esto es, que debe estar diseñado de forma tal que brinde oportunamente una protección al derecho". Sentencia T-040 de 2016. M.P. Alejandro Linares Cantillo.

[29] Sentencias: T-225 de 1993, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa y T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras. Al respecto la Corte ha determinado que dicha excepción al requisito de subsidiariedad exige que se verifique: "(i) una afectación inminente del derecho -elemento temporal respecto del daño-; (ii) la urgencia de las medidas para remediar o prevenir el perjuicio irremediable; (iii) la gravedad del perjuicio -grado o impacto de la afectación del derecho-; y (iv) el carácter impostergable de las medidas para la efectiva protección de las garantías fundamentales en riesgo".

[30] De este modo, cuando el amparo es promovido por personas que requieren especial protección constitucional, como niños, niñas y adolescentes, personas cabeza de familia, en situación de discapacidad, de la tercera edad o población desplazada, entre otros, el examen de procedencia de la tutela se hace menos estricto, a través de criterios de análisis más amplios, pero no menos rigurosos. Sentencias T-401 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-163 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-328 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-456 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-789 de 2003, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-136 de 2001, M.P. Rodrigo Uprimny Yepes, entre otras.

[31] Dado el carácter informal del trámite, en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 se enumeraron los siguientes requisitos de la demanda: (i) el nombre y residencia del solicitante; (ii) la causal que motiva la solicitud; (iii) el derecho que se considere violado y (iv) las circunstancias de tiempo, modo y lugar que sustentan la petición.

[32] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[33] Artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

[34] Sentencia T-061 de 2014. M.P. Nilson Pinilla Pinilla. El fallo determinaba que: "Cabe recordar que, al asumir el análisis sobre la competencia preferente de la Superintendencia Nacional de Salud, es necesario hacer una distinción entre la naturaleza de los asuntos sometidos a su conocimiento; de un lado, deben observarse los relativos a (i) conflictos sobre multifiliación, el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por parte de la EPS o el empleador, movilidad dentro del SGSSS y reembolsos por asunción de gastos médicos; y del otro, (ii) los casos que envuelvan el acceso a las actividades, procedimientos e intervenciones, con relación al POS. Tal distinción permite discernir que no puede predicarse, indistintamente, la idoneidad del recurso judicial que se analiza frente a todos los asuntos sujetos a su competencia, dadas las garantías que devienen comprometidas en unos u otros conflictos y el nivel de intensidad con que resultan lesionados los atinentes derechos fundamentales. En ese orden, no debe asimilarse la naturaleza de los conflictos contenidos en el primer ítem, a la relativa, exclusivamente, al acceso efectivo al servicio, en razón a las garantías fundamentales que envuelve este último y su conexión indefectible con derechos tan sensibles como la dignidad humana, la salud y la vida misma".

[36] Sentencia C-119 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. Más recientemente en

Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[37] Sentencias T-635 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-756 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-825 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-914 de 2012, M.P. Mauricio González Cuervo; T-558 de 2014, M.P. Mauricio González Cuervo; T-603 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-633 de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; y T-425 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[38] Sentencias T-004 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-188 de 2013, M.P. Mauricio González Cuervo; T-206 de 2013, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-316A de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-680 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Sentencias T-206 de 2013 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-859 de 2014 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-707 de 2016 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-014 de 2017 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-036 de 2017 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-178 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo; T-445 de 2017 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; T-637 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-684 de 2017 M.P. Diana Fajardo Rivera; T-020 de 2018 M.P. José Fernando Reyes Cuartas; T-069 de 2018 M.P. Alejandro Linares Cantillo; T-208 de 2017 M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo.

[40] Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz. El fallo indicaba: “Así las cosas, cuando se trata de una materia que no se encuentre comprendida dentro de los asuntos previamente referidos, el mecanismo ante la Superintendencia Nacional de Salud carecerá de idoneidad”.

[41] En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando: (i) existía riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encontraban en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o eran sujetos de especial protección constitucional; (iii) se configuraba una situación de urgencia que hacía indispensable la intervención del juez constitucional; o (iv) se trataba de personas que no podían acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. Respecto al último criterio la Sentencia T-375 de 2018. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Ha precisado que se trata de los casos en los cuales no hay sede de la entidad en el lugar en el cual se reside. De acuerdo con el fallo: “(...) se ha estimado que para analizar la eficacia e idoneidad del trámite judicial adelantado por la Superintendencia Nacional de Salud se debe tener en cuenta que dicha entidad “no tiene presencia en todo el territorio colombiano ya que su sede principal está ubicada en la ciudad de Bogotá y sus oficinas regionales están en algunas capitales departamentales. Por otra parte, también se debe evaluar que los usuarios puedan (...) adelantar el procedimiento vía internet”.

[42] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[43] M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

[44] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante la pregunta de la Magistrada Gloria Stella Ortiz sobre la capacidad de respuesta de la Superintendencia de Salud en sus

funciones jurisdiccionales, el jefe de la entidad señaló: “en Colombia es imposible, Magistrada, hoy, hacer un fallo muchas veces en 10 días de una actuación que amerita hacer un debido proceso (...) hoy no tenemos la infraestructura, la Superintendencia, para responder en los términos que quieren todos los colombianos desde el área jurisdiccional, tenemos un retraso que puede estar en dos y tres años, por qué le menciono esto Magistrada, porque el 90% de los procesos que llegan a la Superintendencia al área jurisdiccional son económicos: licencias de paternidad, licencias de maternidad (...)” (extracto transcrito).

[45] La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

[46] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018. Ante el cuestionamiento formulado por el Magistrado Rojas Ríos sobre la capacidad jurisdiccional de la Superintendencia de Salud en las regiones del país, el jefe de la entidad señaló: “(...) la capacidad de la Superintendencia Nacional, Magistrado, nosotros tenemos presencia en seis regionales, yo tengo funcionarios prácticamente por todo el país, muy pocos (...) solamente tengo seis regiones, desafortunadamente los funcionarios que hoy tengo en las regiones, no sé con qué criterio ni con qué características fueron designados, hay unas regiones que son más administrativas, donde casi todos son administradores de empresas, otras son más jurídicas, nosotros tenemos que replantear, ya estamos en un proceso de reorganización de la entidad que hace necesario, y efectivamente necesitamos fortalecer la Superintendencia en las regiones porque hoy no tenemos capacidad de interlocución, lo máximo que hace un funcionario mío fuera de Bogotá es recibir la petición, la queja o el reclamo, pero no tiene la capacidad de interlocución, ni de solucionar en el campo el problema, hoy dependen de Bogotá (...)” (extracto transcrito).

[47] Sentencia T-1050 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[48] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[49] Sentencia T-865 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. El fallo indica: “(...) en cuanto a la posibilidad de que el actor inicie una acción ordinaria con el fin de obtener el pago de la licencia de paternidad, dicha acción resultaría ineficaz para proteger los intereses del niño, puesto que por la duración de este trámite judicial los recursos económicos que derivan de dicha prestación y que se orientan a garantizar los ingresos familiares que redundan en la subsistencia y bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida, llegaría muy tarde, afectando en la generalidad de los casos las condiciones de vida del grupo familiar. El juez de tutela a quien se le solicita el pago de la licencia debe partir de la presunción de vulneración de los derechos fundamentales del menor y debe centrar su análisis en determinar la existencia del vínculo filial padre-recién nacido y establecer si cumple los requisitos legales para que se le conceda la prestación; si con esto resulta que es viable el amparo, deberá concederlo y ordenar a la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliado el accionante que proceda a reconocer y efectuar el pago de esa prestación. De esta manera, se dará cumplimiento al mandato constitucional y

legal que determina una especial protección a la maternidad y al menor recién nacido, así como la garantía de la subsistencia familiar y también al derecho paterno de gozar de una protección, derecho establecido para cumplir con sus deberes paternos”.

[50] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[51] CD proceso digital. “MEMORIAL NUEVA EPS 19-07”.

[52] CD proceso digital: “ACTA AUDIENCIA”.

[53] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018.

[54] Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018.

[55] “Resultados del Estudio de Tiempos Procesales”. Tomo I. Bogotá, 2016. Página 136. Indica: “Para efectos del presente capítulo, se consideraron los procesos que registraron información desde la radicación de la demanda hasta la sentencia de primera instancia. Del total de la cobertura de la muestra, 460 procesos registran datos correspondientes a la primera instancia y en promedio la duración nacional de esta etapa fue de 366 días corrientes, lo que equivale a 167 días hábiles de la Rama Judicial”.

[56] “Resultados del Estudio de Tiempos Procesales”. Tomo I. Bogotá, 2016. Página 137. Afirma: “La cobertura de la muestra laboral evidencia que las regiones con mayor número de procesos los evacúan en menor tiempo. Este es el caso de la Región Andina y Bogotá, donde se encuentra la menor duración y a la vez la mayor carga, mientras que la Región Oriental tiene la menor carga y la mayor duración”.

[57] Sentencia T-190 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[58] Sentencia C-273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. La Sentencia indica: “La idea de que el padre debe involucrarse activamente en la crianza de los hijos, brindándoles protección, cuidado y amor, especialmente en los primeros momentos de vida, llevó a la Organización Internacional del Trabajo -OIT- a adoptar en el año de 1981 la Recomendación sobre Seguridad y Salud de los Trabajadores, cuyo numeral 22 sugirió a los países miembros la consagración de una licencia parental o de paternidad para que los padres trabajadores contribuyeran al cuidado del hijo recién nacido, y de esta forma pudieran conciliar su vida profesional con la familiar”.

[59] La ley 50 de 1990 en su artículo 34 disponía que:

“PARÁGRAFO. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio”.

[60] La exposición de motivos de la Ley 755 de 2002, que consagraba originalmente la licencia de paternidad, señaló que: “Es abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a

cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico en tratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé.

“Negar este derecho equivaldría a condenar a los niños colombianos -a seguirlos condenando- a que solamente reciban la mitad del afecto, la mitad del amor, la mitad del cuidado, la mitad de la ternura que se les podría prodigar. Equivaldría, en los primeros días de su existencia a cumplir a medias con la voluntad constituyente.

“Desde una dimensión sociológica, no resulta difícil advertir que en Colombia ha existido un severo problema de paternidad responsable. En Colombia han hecho falta muchos padres y ello ha tenido un efecto muy nocivo en los procesos de socialización en nuestro país. Raíces de nuestra violencia podrían ubicarse en el tenue rol que la paternidad ha cumplido en muchos ciclos familiares”.

[61] Sentencia C-383 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. La Sentencia indica que: “Esta Corporación ha desarrollado el tema del reconocimiento de la licencia de paternidad consagrado en el artículo 236 del CST, esencialmente con base en los siguientes argumentos: (a) el interés superior del niño, que constituye un principio garantista, ya que su razón de ser, su esencia, es la plena satisfacción de los derechos de los menores, en el que una de las formas principales en que se garantiza este interés superior al recién nacido es la garantía del reconocimiento de la licencia de maternidad y paternidad, por cuanto con ello se le posibilita al menor el poder recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. De esta manera, la licencia de paternidad permite al padre comprometerse con mayor fuerza en su paternidad bajo un clima adecuado para que la niña o el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional; (b) el derecho fundamental de los niños al cuidado y al amor que si bien tiene una directa e intrínseca con el principio del interés superior del niño, se encuentra primeramente a cargo de la familia y la sociedad, como también subsidiariamente del Estado, siendo los primeros obligados a dar protección y amor al niño sus padres; (c) el nuevo concepto de paternidad y el papel del padre en la garantía plena de los derechos del menor, que reconoce que si bien no existe un rol paterno único al cual todos los padres deben aspirar, resalta la importancia del hecho de que el padre se involucre activa, consciente y responsablemente en la crianza de sus hijos, brindándoles asistencia, protección, cuidado y amor desde los primeros días de vida, lo cual es fundamental para su desarrollo armónico e integral, como parte esencial de la garantía de los derechos del menor; (d) la especial naturaleza y características de la licencia de paternidad, sobre la cual, la jurisprudencia de esta Corte ha resaltado que este derecho constituye un desarrollo y una aplicación del principio del interés superior del menor, como también del derecho al amor y cuidado de los niños y

niñas, mediante la implementación de un mecanismo legislativo que “garantiza al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad; (e) el reconocimiento de la licencia de paternidad igualmente a los padres adoptantes; y (f) la licencia de paternidad como derecho fundamental y subjetivo del padre”.

[62] Sentencia C-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[63] Sentencia C-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. De acuerdo con el fallo: “de ser una garantía de los derechos de los niños y niñas a recibir cuidado y amor, es también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a fundar una familia, que la Constitución Política reconoce en su artículo 42 (...) el derecho a la licencia de paternidad, en relación con el padre, es un derecho subjetivo, que constituye un desarrollo del derecho constitucional a fundar una familia, y que tiene como fin cumplir la obligación estatal de dar protección a la misma, a la maternidad y a los menores, impuesta por los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política. Como esa obligación, además, corresponde al Estado, la determinación del legislador de prever una licencia de paternidad constituye una concreción de la obligación constitucional de adopción de medidas impuesta por los mismos artículos”.

[64] Sentencia C-727 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldán. “el Código de Infancia y Adolescencia establece que la responsabilidad parental consiste en el deber inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los menores de edad durante su proceso de formación, la cual debe ser compartida entre los padres”.

[65] Sentencia T-190 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[66] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[67] Sentencia C-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. De acuerdo con el fallo: “Ahora bien, teniendo en cuenta que, en todo caso, como se acaba de decir, el requisito de un período mínimo de cotizaciones se ha juzgado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente importante e imperioso, cual es dicho equilibrio financiero, y también para evitar abusos del derecho en relación con la licencia de paternidad, pero de otro lado se ha concluido que dicho requisito no resulta estrictamente proporcionado ni tampoco necesario, la Corte condicionará la exequibilidad de la expresión “para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”, en el entendido que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.

Esta fórmula sigue el criterio que ha tenido el mismo legislador a la hora de diseñar el requisito de un mínimo de semanas de cotización exigido para reconocer la licencia de maternidad, que es la situación fáctica más cercana a la de la licencia de paternidad, guardadas las naturales diferencias. Por lo tanto, a dicho criterio acude ahora la

Corporación, a fin de mantener dentro del ordenamiento el requisito de un mínimo de cotizaciones, que ha sido hallado exequible, pero ajustándolo a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales”.

[68] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[69] Sentencia T-1050 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[71] La Ley 1468 de 2011 en su artículo 1 sostenía:

“PARÁGRAFO 1o. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto tomará las 14 semanas de licencia a que tiene derecho de acuerdo a la ley. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

Esta licencia remunerada es incompatible con la licencia de calamidad doméstica y en caso de haberse solicitado esta última por el nacimiento del hijo, estos días serán descontados de la licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad

(...)”.

[72] De conformidad con el artículo 4.1.1. del Decreto 780 de 2016:

“ARTÍCULO 4.1.1. DEROGATORIA INTEGRAL. Este Decreto regula íntegramente las materias contempladas en él. Por consiguiente, de conformidad con el artículo 3 de la Ley 153 de 1887, quedan derogados todos los decretos de naturaleza reglamentaria relativos al Sector Salud y Protección Social que versan sobre las mismas materias.

Los actos administrativos expedidos con fundamento en las disposiciones compiladas en el presente decreto mantendrán su vigencia y ejecutoriedad bajo el entendido de que sus fundamentos jurídicos permanecen en el presente decreto”.

[73] M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[74] Sentencia T-190 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

[75] La Ley 1822 de 2017 dispone:

“Artículo 1. (...)”

PARÁGRAFO 2o. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente párrafo”.

[76] Decreto 2462 de 2013. Artículo 1.

[77] Para ilustración de la Corte, en el presente proceso la Superintendencia de Salud aportó copia de los fallos: S2016-000794; S2017-000538; S-2016-000326; S2018-000204; S2018-000906 y S2017-000147. Cuaderno 1, en folios 38 a 56.

[78] Superintendencia Nacional de Salud. Sentencia S2016-000906 del 22 de marzo de 2016. Expediente J-2016-0580. Cuaderno 1, folio 39.

[79] Vale la pena traer a colación lo afirmado por el Superintendente de Salud en la Audiencia Pública del 6 de diciembre de 2018, quien indicó que las actuaciones de la entidad no solo buscan proteger los derechos subjetivos de los usuarios del sistema, sino que también procuran proteger el buen funcionamiento del SGSSS. Ello es además compatible con las funciones de la Superintendencia descritas en el artículo 6 del Decreto 2462 de 2013.

[80] Superintendencia Nacional de Salud. Sentencia S2018-000204 del 31 de octubre de 2016. Expediente J-2016-2109. Cuaderno 1, folio 42.

[81] Superintendencia Nacional de Salud. Sentencia S2017-000538 del 31 de julio de 2017. Expediente J-2016-0805. Cuaderno 1, folio 57.

[82] 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.

[83] Ley 1753 de 2015. Artículo 66. “Del manejo unificado de los recursos destinados a la financiación del sistema general de seguridad social salud (SGSSS). (...)”La Entidad tendrá

como objeto administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantías (Fosyga), los del Fondo de Salvamento y Garantías para el Sector Salud (Fonsaet), los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del Régimen Contributivo, los recursos que se recauden como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP); los cuales confluirán en la Entidad. En ningún caso la Entidad asumirá las funciones asignadas a las Entidades Promotoras de Salud.

(...)”.

Decreto 1429 de 2016, Artículo 2. “Objeto. La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES tendrá como objeto administrar los recursos a que hace referencia el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 y los demás ingresos que determine la ley; y adoptar y desarrollar los procesos y acciones para el adecuado uso, flujo y control de los recursos en los términos señalados en la citada ley, en desarrollo de las políticas y regulaciones que establezca el Ministerio de Salud y Protección Social”.

[84] Decreto 780 de 2016, artículo 2.6.1.1.2.10. “Cobro al Fosyga de licencias de maternidad y/o paternidad. Las licencias de maternidad y/o paternidad que las EPS y las EOC cobran al Fosyga, así como las correcciones a licencias aprobadas o glosadas se presentarán al Fosyga el último día hábil de la tercera semana del mes. El Fosyga efectuará la validación para su reconocimiento dentro de las veinticuatro (24) horas siguientes a la fecha de presentación.

En todo caso, el cobro de dichas licencias por parte de las EPS y las EOC ante el Fosyga, deberá presentarse como máximo dentro de los doce (12) meses siguientes a su reconocimiento y pago”.

[85] Ley 100 de 1993. ARTÍCULO 162. PLAN DE SALUD OBLIGATORIO. El Sistema General de Seguridad Social de Salud crea las condiciones de acceso a un Plan Obligatorio de Salud para todos los habitantes del territorio nacional antes del año 2001. Este Plan permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan.

Para los afiliados cotizantes según las normas del régimen contributivo, el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en salud será el contemplado por el decreto-ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica. Para los otros beneficiarios de la familia del cotizante, el Plan Obligatorio de Salud será similar al anterior, pero en su financiación concurrirán los pagos moderadores, especialmente en el primer nivel de atención, en los términos del artículo 188 de la presente Ley.

Para los afiliados según las normas del régimen subsidiado, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo, en forma progresiva antes del año 2.001. En su punto

de partida, el plan incluirá servicios de salud del primer nivel por un valor equivalente al 50% de la unidad de pago por capitación del sistema contributivo. Los servicios del segundo y tercer nivel se incorporarán progresivamente al plan de acuerdo con su aporte a los años de vida saludables.

En ese sentido el Decreto 806 de 1998 “por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional”, indicaba que las prestaciones económicas derivadas del periodo de maternidad configuraban parte de los beneficios de los afiliados del SGSSS. En este sentido afirmaba:

“Beneficios del Sistema de Seguridad Social en Salud como servicio público esencial

Artículo 2º. Definición. En desarrollo de los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, el Estado garantiza el acceso a los servicios de salud y regula el conjunto de beneficios a que tienen derecho los afiliados como servicio público esencial, con el propósito de mantener o recuperar su salud y evitar el menoscabo de su capacidad económica derivada de incapacidad temporal por enfermedad general y maternidad.

Al Estado le corresponde garantizar este conjunto de beneficios en forma directa o a través de terceros con el objeto de proteger de manera efectiva el derecho a la salud. Estos se agrupan en cinco tipos de planes diferentes a los cuales se accede dependiendo de la forma de participación en el Sistema, esto es como afiliado cotizante, como afiliado beneficiario, como afiliado subsidiado, o como vinculado al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

(...)

Artículo 28. Beneficios de los afiliados al Régimen Contributivo. El Régimen Contributivo garantiza a sus afiliados cotizantes los siguientes beneficios:

- a) La prestación de los servicios de salud incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, POS, de que trata el artículo 162 de la Ley 100 de 1993;
- b) El subsidio en dinero en caso de incapacidad temporal derivada por enfermedad o accidente ocasionados por cualquier causa de origen no profesional;
- c) El subsidio en dinero en caso de licencia de maternidad.

Los pensionados cotizantes y los miembros de su grupo familiar que no estén cotizando al sistema recibirán únicamente las prestaciones contempladas en el literal a) del presente artículo”.

De acuerdo a lo anterior, en desarrollo de la Ley 100 de 1993, el Decreto 806 de 1998 determinaba que eran beneficios de los afiliados al régimen contributivo de salud: el conjunto de beneficios de atención en salud (POS), por un lado, y las prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad no profesional, por el otro. Dichos artículos fueron derogados por el Decreto 2353 de 2015, el cual fue compilado en el Decreto 780 de 2016, actualmente vigente.

[86] Decreto 780 de 2016. Artículo 2.1.1.3. Definiciones: (...)

11. Plan de beneficios: Es el conjunto de tecnologías en salud a que tienen derecho los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud definido conforme a la normativa vigente, el cual será modificado y tendrá el alcance que se determine en la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social en desarrollo de lo establecido en el artículo 15 de la Ley 1751 de 2015.

Decreto 780 de 2016. Artículo 2.1.1.3. Definiciones: (...)

“2. Afiliado: Es la calidad que adquiere la persona una vez ha realizado la afiliación y que otorga el derecho a los servicios de salud del plan de beneficios que brinda el Sistema General de Seguridad Social en Salud y, cuando cotiza, a las prestaciones económicas”.

[88] En este sentido se puede consultar a la Superintendencia Nacional de Salud en Sentencia S2018-000204 del 31 de octubre de 2016. Expediente J-2016-2109. Cuaderno 1, folio 43.

“Inviabilidad de recobro al FOSYGA. El Despacho encuentra pertinente precisar que sólo es objeto de recobro dentro del régimen contributivo lo que se encuentra taxativamente señalado en la Resolución 5395 de 2013, que se aplican según la fecha de prestación del servicio, y que se refieren, principalmente, al pago de cuentas por concepto de tecnologías en salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud cuyo suministro fue garantizado a los afiliados y autorizados por el Comité Técnico Científico o fallo de tutela.

Como se ha venido exponiendo, las licencias de paternidad son financiadas con los recursos de la Subcuenta de Compensación Interna del Régimen Contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA, por lo tanto, la solicitud de autorización de pago por vía judicial es improcedente, ya que SALUD TOTAL EPS debe valerse de los medios administrativos establecidos para solicitar, conforme a las reglas del proceso de compensación, el desembolso de los dineros que se cancelen por concepto de dicha licencia.”

De igual manera, la Sentencia T-475 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio. “Por último, es pertinente precisar que esta Corporación ha señalado que en el reconocimiento y pago de las licencias por maternidad no se aplica lo establecido en Ley 1122 de 2007 y en la sentencia C - 463 de 2008, “pues en virtud del artículo 207 de la Ley 100 de 1993 existe norma específica que regula la materia, y además se trata de un supuesto diferente porque la prestación que se reconoce por ésta licencia no es una exclusión del Plan Obligatorio de Salud”.

[89] De acuerdo con el Decreto 1406 de 1999, los afiliados al SGSSS no podrán trasladarse de Entidad Promotora de Salud hasta tanto no hayan cumplido doce meses de pago continuo de cotizaciones en la entidad de la cual desean retirarse. Por otra parte, si el plazo de doce meses referido se cumpliera durante el transcurso de una incapacidad o licencia de maternidad cubierta por el SGSSS, la oportunidad para el traslado de entidad administradora se suspenderá hasta el primer día hábil del mes siguiente a aquél en el cual termine la licencia o incapacidad.

[90] La Sentencia T-865 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, abordó un caso en el que el accionante peticionaba su licencia de paternidad ante las EPS SUSALUD y FAMISANAR, las cuales se endilgaban mutuamente la responsabilidad del pago. La Sala determinó que el conflicto surgió gracias a un trámite meramente administrativo y por ello se “dilató el pago de la licencia de paternidad del accionante, conducta que a todas luces tiende a dilatar la efectividad del derecho fundamental al mínimo vital del accionante, y de su menor hija, así como la subsistencia de su familia”. En consecuencia, la Sala ordenó a FAMISANAR, como “la Entidad Promotora de Salud a la que actualmente se encuentra afiliado el accionante y frente a la cual se solicitó el pago de esa prestación, que dentro del término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente sentencia, haga el reconocimiento y pague la licencia de paternidad (...)”.

[91] Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[92] Ver entre otros: T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-475 de 2009, M.P. 2009, T-049 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, T-1050 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Las reglas jurisprudenciales desarrolladas por la Corte Constitucional en materia de licencia de maternidad atendieron precisamente a la exigencia de que el periodo de cotización de la beneficiaria fuera igual al periodo de gestación. En este sentido, los primeros fallos que se pronunciaron al respecto indicaron que la verificación de los requisitos legales de cotización no puede ser tan rigurosa que desconozca la protección constitucional reforzada que poseen la madre lactante y el menor de edad. Así la Sentencia T-530 de 2007 afirma:

“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 sujetos de especial protección que tiene la madre cabeza de familia y el hijo, frente aquellas normas que determinan que el período de cotización debe ser igual al de la gestación”. (Subrayado fuera del texto)

“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%).”

[93] Acerca del cálculo de los días respectivos, la Sentencia T-092 de 2016, M.P. Alejandro Linares Cantillo, reiteró que: “En ese sentido, la Corte ha determinado que dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago de la licencia de maternidad deberá hacerse de manera total o proporcional, esto, con el fin también de salvaguardar el equilibrio económico del sistema. De esta manera, existen dos hipótesis que el juez de tutela debe considerar al momento de ordenar el pago: (i) 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, (ii) 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. Para lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, con base en el principio pro homine, se debe emplear “la interpretación más amplia de los dos meses, a partir de los cuales procede el pago proporcional, es decir, aquella que entiende que dos meses corresponden a 10 semanas”.

[94] Sentencia T-088 de 2018. M.P. José Fernando Reyes. El fallo indica “El principio in dubio pro operario o favorabilidad en sentido amplio, por otro lado, implica que una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, hipótesis bajo la cual el operador jurídico debe escoger aquella que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador”.

[95] Sentencia T-744 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado y Sentencia SU-310 de 2017 M.P. Aquiles Arrieta Gómez.

[96] Gaceta del Congreso 592 del 13 de agosto de 2015. Por el contrario, en la exposición de motivos del proyecto de ley respectivo se manifiesta la intención de ampliar la prestación, de manera que su autor indica que “Conscientes del rol que juega el padre en la familia y siendo muy importante en la consolidación del vínculo familiar, el proyecto de ley también propone la ampliación de la licencia de paternidad de ocho (8) a quince (15) días hábiles”.

[97] CD proceso digital, memorial Nueva EPS 19-07”.

[98] Realizada el 6 de diciembre de 2018 en el Palacio de Justicia.

[99] Por un trabajador que gane 1 millón de pesos el sistema recibe por cotización a salud \$125.000 mensuales, es decir, \$62.000 por dos semanas. A un empleado que gane 1 millón de pesos el sistema le reconocería \$266.000 por los 8 días no laborados, es decir \$204.000 más de lo aportado al sistema.

[100] Numeral 3.13 del artículo 153, modificado mediante el artículo 3° de la Ley 1438 de 2011.

[101] Literal i) del artículo 5º.

[102] Auto 411 de 2016.

[103] Sentencia C-313 de 2014.