

DERECHO AL CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO, IGUALDAD Y DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Vulneración por negar la licencia parental compartida a empleado del sector público

(...) la negativa de reconocer la licencia se había fundado (i) en la ausencia de regulación, lo que no es un argumento admisible para impedir el goce de derechos y (ii) en la exigencia de una reglamentación de la ley, lo que constituye un requisito no contemplado en la norma y, por ende, un desconocimiento del derecho al debido proceso administrativo; así como, del principio de legalidad. Además, se constató que los accionantes cumplen con los requisitos legalmente previstos para acceder a la licencia parental compartida.

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA Y PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN-Prestación social aplica en igualdad de condiciones para trabajadores del sector público

(...) la interpretación... que excluye a los empleados públicos de la licencia parental compartida, es contraria a la Constitución por cinco razones: (i) existe un claro mandato de trato igual entre trabajadores que se encuentra en la Constitución, en instrumentos de derecho internacional y en la jurisprudencia constitucional; (ii) la interpretación desconoce el contexto normativo de la disposición; (iii) el Decreto 1083 de 2015 remite a normas del CST en materia de licencias para servidores públicos; (iv) en el trámite legislativo de la Ley 2114 de 2021 se guardó silencio sobre la exclusión de los empleados públicos; y (v) la interpretación adoptada por el MinSalud desconoce los propósitos de la licencia parental compartida.

ACCIÓN DE TUTELA PARA RECONOCIMIENTO DE LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA-Procedencia excepcional por afectación del derecho al cuidado del recién nacido y mínimo vital

LICENCIA DE MATERNIDAD-Naturaleza y finalidad/LICENCIA DE MATERNIDAD-Importancia del reconocimiento y pago de la licencia como medio de protección de la madre y del recién nacido

LICENCIA DE MATERNIDAD-Marco normativo

LICENCIA DE PATERNIDAD-Origen y justificación

DERECHO A LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Derecho subjetivo/LICENCIA DE PATERNIDAD REMUNERADA-Constituye desarrollo y realización del interés superior del menor

LICENCIA PARENTAL-Alcance/LICENCIA PARENTAL-Finalidad

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA-Naturaleza y finalidad

RESPONSABILIDAD PARENTAL-Alcance/DERECHOS DEL NIÑO AL CUIDADO Y AL AMOR-Alcance

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA-Marco normativo

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA-Reglas jurisprudenciales

DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO-Alcance y contenido

LICENCIA PARENTAL COMPARTIDA-Ausencia de regulación no impide el goce del derecho fundamental

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

Sentencia T-143 de 2023

Referencia: expediente T-9.001.237

Acción de tutela instaurada por Angie Dayana Camacho Nieves y Víctor Andrés Olarte Arcos en contra de Compensar EPS

Magistrado ponente:

José Fernando Reyes Cuartas

Bogotá D.C., cinco (5) de mayo de dos mil veintitrés (2023).

La Sala Novena de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, integrada por la Magistrada Natalia Ángel Cabo y los Magistrados Juan Carlos Cortés González y José Fernando Reyes Cuartas, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. El 25 de agosto de 2022, la señora Angie Dayana Camacho Nieves y el señor Víctor Andrés Olarte Arcos presentaron acción de tutela en contra de Compensar EPS, invocando la protección de sus derechos fundamentales “al debido proceso; a la salud; a la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; y al cuidado del menor recién nacido”¹.

Hechos relevantes

1. El 8 de junio de 2022, Angie Dayana Camacho Nieves dio a luz a la segunda hija de la familia².

1. El 19 de julio de 2022, el señor Olarte solicitó a su empleador, el Ministerio de Salud y Protección Social -en adelante MinSalud-, la autorización y reconocimiento de las seis (6) semanas de licencia parental compartida.

1. El 22 de julio de 2022, con fundamento en el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, la señora Camacho radicó ante la EPS Compensar una solicitud de reconocimiento y pago de licencia parental compartida con el señor Olarte. Para ello, aportaron el documento de mutuo acuerdo, en el que solicitaron: 12 semanas para ella y las 6 semanas restantes a favor del mencionado señor³.

1. El 1 de agosto de 2022, la coordinadora del grupo de nómina del MinSalud, empleador del señor Olarte, le informó que habían elevado consulta ante la EPS Compensar y ese mismo día esta última había indicado que no era posible reconocer la prestación en los términos solicitados. La EPS aseguró que “aunque la Ley fue notificada y sancionada, no puede ser aplicada aún por parte de la EPS, dado que el [MinSalud] indicó que para la aplicación de la referida norma es preciso desarrollar un reglamento que permita su debida ejecución”⁴.

1. Además, señaló que la EPS ofreció dos alternativas: (i) pagar la licencia de maternidad completa a su nombre o (ii) aportar una serie de documentos y dejar “pendiente para autorización y pago [de la licencia parental compartida], cuando se emita la reglamentación complementaria que está pendiente”⁵. Uno de los documentos solicitados es un certificado “donde el médico incluya: la constancia de nacimiento del menor [de edad], la fecha de nacimiento del menor [de edad], la fecha en que iniciaría cada una de las licencias compartidas para ambos padres”⁶. Por lo anterior, la coordinadora del grupo de nómina del MinSalud le solicitó al accionante informar cuál sería la alternativa por la que optarían.

1. El 2 de agosto de 2022, la EPS Compensar respondió negativamente el reconocimiento de la licencia parental compartida solicitada por la accionante el 22 de julio de 2022 en los mismos términos que se indicaron en los hechos anteriores.

1. En la acción de tutela, los accionantes aseguraron que la decisión de la EPS Compensar vulneró sus derechos fundamentales “al debido proceso; a la salud; a la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; y al cuidado del menor recién nacido”⁷, por dos razones. Primero, porque es la EPS la entidad que debe garantizar la valoración médica que les exigen y no los padres quienes deben aportarla. Segundo, porque la suspensión del reconocimiento de la licencia implicaría desconocer el derecho del señor Olarte a compartir con su hija recién nacida. Con base en ello, plantearon las siguientes pretensiones: ordenar a la EPS (i) reconocer de forma inmediata la licencia parental compartida; (ii) que para la obtención del certificado médico requerido tenga en cuenta la información obrante en la historia clínica de la señora Camacho y de la menor [de edad], o que programe una cita médica para la obtención del mismo; y (iii) que establezca las fechas en las cuales se disfrutarán las licencias por parte de cada uno de los progenitores⁸.

1. Trámite procesal

1. Mediante auto del 25 de agosto de 2022, el Juzgado 38 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá avocó conocimiento de la acción y corrió traslado de la acción de tutela a la EPS Compensar. Además, vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud y al MinSalud. Posteriormente, a través del auto del 2 de septiembre de 2022, el juzgado vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-.

Respuesta de las accionadas y vinculadas

1. La EPS Compensar⁹ indicó la imposibilidad jurídica de reconocer la licencia parental compartida, en tanto, (i) el reconocimiento de dicha licencia se hace a cargo de los recursos

de la ADRES¹⁰, (ii) por lo que el trámite está sujeto a un procedimiento reglado “de carácter insoslayable en tanto compromete recursos de naturaleza fiscal”¹¹ y (iii) el MinSalud no ha expedido el reglamento. Afirmó que ha elevado peticiones al Ministerio para conocer el trámite a seguir y este le indicó que no ha expedido la normativa requerida y que “para la ejecución de la referida norma es preciso desarrollar un reglamento que permita su debida ejecución”¹². Por lo anterior, manifestó que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva pues la EPS no puede suplir la función del Ministerio de reglamentar la aplicación de la ley. Además, manifestó que la ADRES no está reconociendo este tipo de licencias, por lo que pagarla sería una “pérdida irrecuperable para la EPS”¹³.

1. Con base en lo anterior, solicitó: (i) negar el amparo; (ii) vincular a la ADRES; (iii) ordenar al MinSalud expedir la reglamentación respecto de la licencia parental compartida y (iv) que, en caso de que se acceda a las pretensiones de la acción, ordenar a la ADRES reembolsar a la EPS Compensar los valores pagados¹⁴.

1. La Superintendencia Nacional de Salud¹⁵ solicitó ser desvinculada del trámite. Señaló que la presunta vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes no proviene de la entidad. Esto es así porque a través de la Ley 1949 de 2019 se dejó claro que la entidad no conocería de las reclamaciones por prestaciones económicas de las entidades vigiladas y de los empleadores¹⁶.

1. La ADRES¹⁷ afirmó que existe falta de legitimación en la causa por pasiva dado que no tiene incidencia en la satisfacción de la pretensión, que corresponde por completo a la EPS. Por lo anterior, solicitó negar el amparo en lo referente a la entidad y desvincularla del trámite¹⁸.

Sentencia objeto de revisión – sin impugnación

1. En sentencia del 6 de septiembre de 2022, el Juzgado 38 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá negó el amparo. Sostuvo que no se vulneraron los derechos de los accionantes pues no existe reglamentación por parte del MinSalud sobre el reconocimiento de la licencia parental compartida. Además, consideró que la EPS ofreció alternativas que no afectan el mínimo vital de los accionantes.

1. Por último, frente a la pretensión en la cual se solicitó que la EPS realice una valoración médica a los accionantes y a su hija, indicó que la decisión sobre los tratamientos y las citas a realizar corresponde a los médicos tratantes y no al juez constitucional.

Actuación en sede de revisión

1. La Sala de Selección de Tutelas Número Once de la Corte Constitucional¹⁹, en Auto del 29 de noviembre de 2022²⁰, seleccionó el expediente T-9.001.237 de la referencia para su revisión y, de acuerdo con el sorteo realizado, lo repartió al despacho del Magistrado José Fernando Reyes Cuartas el 15 de diciembre de 2022, para que tramitara y proyectara la sentencia correspondiente.

1. Mediante auto del 23 de enero de 2023, el magistrado ponente decretó pruebas tendientes a ampliar (i) los supuestos de hecho que originaron la acción de tutela de la referencia y conocer (ii) el estado actual de reconocimiento de la prestación y (iii) el marco actual de regulación de la licencia parental compartida.

1. Los accionantes²¹ informaron que para el 25 de enero de 2023 la EPS no había (i) reconocido la licencia parental compartida ni (ii) expedido el certificado médico de que trata

el numeral 4 del inciso 2 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021; y, manifestaron que el MinSalud concedió dos (2) semanas de licencia de paternidad al señor Olarte.

1. Además, afirmaron que (iii) hasta el 10 de enero de 2023 el accionante Olarte fue empleado público del MinSalud, en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 21. A partir de esa fecha, ocupa el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 23, en la Oficina Asesora Jurídica del Centro Nacional de Memoria Histórica. Igualmente, señalaron que (iv) el señor Olarte podría considerarse un trabajador del sector público “para efectos de la aplicación de la licencia parental compartida, dado que la expresión normativa ‘trabajadores del sector público’ comprende a los empleados públicos (como es el caso del Profesional Especializado de la planta global del MinSalud)”²². Adicionalmente, (v) narraron las diferentes modificaciones que ha tenido el artículo 236 del CST y sostuvieron que la licencia debe cobijar a todos los trabajadores “sin perjuicio de su aplicación a los afiliados a los regímenes especiales y de excepción”²³.

1. Finalmente, en un posterior correo del 6 de febrero de 2023, indicaron que el 1º de febrero de 2023, recibieron un mensaje de texto de la EPS Compensar donde se comunicó:

“ANGIE, EPS COMPENSAR informa que se encuentra disponible el dinero por concepto de pago incapacidad con fecha de inicio 8/06/2022 radicada el 22/07/2022 por el cual puedes acercarte con tu documento de identificación original a cualquier oficina del BANCO BOGOTÁ indicando que vas por un retiro de incapacidades”²⁴.

1. Sin embargo, señalaron que (i) la accionante Camacho no tramitó ante la EPS ninguna solicitud de reconocimiento y pago de incapacidad, sino de la licencia parental compartida y (ii) no han efectuado el cobro del dinero ni tienen intención de hacerlo hasta que la Corte se pronuncie frente al caso.

1. La EPS Compensar²⁵ informó que el 27 de enero de 2023 se autorizó el pago de la licencia de maternidad de la accionante, y que puede recibir este pago en el Banco de Bogotá desde el 1 de febrero de 2023. Además, sostuvo que dado que la licencia compartida se reconoce con recursos a cargo de la ADRES, es necesario un acto administrativo que reglamente la Ley 2114 de 2021. En este sentido, el artículo 2.6.1.1.2.11 del Decreto 780 de 2016 establece que el MinSalud deberá expedir la regulación de la compensación de las EPS que pagan licencias. Además, expuso que el certificado médico del que trata el numeral 4 del inciso 2 del párrafo 4º del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 debe ser aportado por los accionantes pues la EPS “es ajena a l[o]s certificados emitidos por los galenos tratantes”²⁶. Por último, manifestó que la EPS ha recibido 39 solicitudes de licencia parental compartida.

1. El Departamento Administrativo de la Función Pública presentó dos escritos²⁷. En el primero atendió a los requerimientos de la Corte y en el segundo presentó respuesta a la acción de tutela. Sobre el informe en respuesta al auto de pruebas del 23 de enero de 2023, indicó que (i) la prestación debe reglamentarse de manera conjunta con los Ministerios del Trabajo, Salud y Protección Social, Hacienda y Crédito Público y el Departamento Nacional de Planeación; (ii) la Ley 2114 de 2021 solo aplica para trabajadores oficiales y no a empleados públicos. Esto es así pues la ley modificó disposiciones del Código Sustantivo del Trabajo (CST) y el ámbito de aplicación de este Código se limita a los trabajadores oficiales y particulares.

1. Además, manifestó que (iii) respecto de los trabajadores del sector público encontró que el pago corresponde a cada entidad pública y que “el procedimiento será el establecido para el reconocimiento de la prestación de acuerdo con los manuales de procedimiento con los cuales cuenta cada entidad”²⁸ y (iv) fue el legislador quien determinó que los trabajadores oficiales gozarán de una reglamentación específica respecto de los particulares.

1. Como respuesta de la acción de tutela, solicitó que se declare improcedente el amparo por carecer de legitimación en la causa por pasiva, pues no ha intervenido de ninguna manera en

los hechos que la suscitaron. Sin embargo, abordó el asunto concreto e indicó que en “el caso que nos ocupa, y de acuerdo con lo anteriormente expuesto, se debe precisar que el accionante señor DIEGO ANDRÉS BULLA PÉREZ al ser EMPLEADO PÚBLICO DEL [MinSalud], no es sujeto del ámbito de aplicación de que trata el artículo 2 parágrafo 4º y 5º, por su tipo de vinculación con el Estado”²⁹. A pesar de que hace referencia a otro nombre, este razonamiento es extensible al accionante por también ser un empleado público del mismo Ministerio.

1. Cumplido este término, no se recibió una respuesta del MinSalud, por lo que mediante auto del 15 de febrero de 2023 se le requirió para que atendiera a los planteamientos del auto del 23 de enero de 2023.

1. El MinSalud³⁰ respondió a los planteamientos del numeral segundo del auto del 23 de enero de 2023. Informó que la licencia parental compartida no ha sido reconocida ni pagada a los accionantes atendiendo al correo de la EPS Compensar del 1º de agosto de 2022. Sin embargo, se reconoció la licencia de paternidad al señor Olarte a través de la Resolución 1192 del 11 de julio de 2022. Además, señaló que el accionante se desempeñaba en el cargo de “Profesional Especializado, Código 2028, Grado 21 de la Subdirección de Beneficios en Aseguramiento de la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud”³¹ y afirmó que se cataloga como un trabajador del sector público y es beneficiario de la licencia parental compartida de acuerdo con lo establecido en la Ley 2114 de 2021, aunque de acuerdo con el concepto 000521 de 2022 del Departamento Administrativo de la Función Pública, estos debían ser excluidos.

1. Dado que en la respuesta de los accionantes al auto de pruebas del 23 de enero de 2023 se evidenció que el señor Olarte tenía un nuevo empleador desde el 10 de enero de 2023, en auto del 27 de febrero de 2023 se dispuso la vinculación del Centro Nacional de Memoria Histórica. Además, requirió al MinSalud para que respondiera a los interrogantes planteados en el numeral quinto del auto del 23 de enero de 2023.

1. El MinSalud³² sostuvo que “los empleados públicos no se encuentran cobijados dentro del campo de aplicación de esta ley”³³ por cuanto la Ley 2114 de 2021 implicó una modificación del CST, que no rige las relaciones laborales de los empleados públicos. Además, manifestó que el pago de la licencia parental compartida corre a cargo del empleador o EPS. Por último, reitero que de acuerdo con lo señalado en la mencionada Ley el Departamento Administrativo de la Función Pública debe reglamentar la licencia parental compartida respecto de los trabajadores del sector público. Y, en consecuencia, “este Ministerio ciñéndose a las disposiciones de orden legal, considera pertinente obedecer a lo ordenado por la ley”³⁴.

1. El Centro Nacional de Memoria Histórica³⁵ intervino en el proceso y solicitó que “de fallarse a favor del accionante, se ordene a COMPENSAR S.A. realizar el trámite de desembolso pertinente al Centro Nacional de Memoria Histórica con la mayor celeridad posible”³⁶. Sostuvo, que a pesar de que el Departamento Administrativo de la Función Pública indicó que los empleados públicos no son beneficiarios de la prestación, “[t]ermina siendo muy complejo aterrizar en tal afirmación, comoquiera que el texto de la norma en mención, aunque advierte que el DAFP tiene el deber de reglamentar, no establece ninguna diferenciación entre los trabajadores del sector público para la aplicación de la misma”³⁷. Además, afirmó que en el caso concreto:

“[N]o se expone mayor razón por la cual se hace una diferenciación tan drástica entre los trabajadores del sector público que tienen derecho a la licencia parental compartida más allá de que la norma que se está modificando con la Ley 2114 de 2021 es el CST, ignorando así la clara intención del legislador de cobijar a todos los trabajadores del sector público con el último inciso del párrafo 4 de la precitada norma”³⁸.

1. Por último, señaló que el señor Olarte se encuentra en periodo de prueba y que, de

acuerdo con el artículo 2.2.18.3.25 del Decreto 1083 de 2015, cuando “por justa causa haya interrupción en el período de prueba por un lapso superior a veinte (20) días continuos, éste será prorrogado por igual término”. Por lo anterior, “en caso de que producto de la decisión que su honorable corporación tome, el accionante pueda disfrutar de las 6 semanas por concepto de licencia parental compartida, el periodo de prueba deberá interrumpirse por dicho término y a su vez prorrogarse por el mismo”³⁹.

II. CONSIDERACIONES

Competencia

1. Esta Sala es competente para analizar el fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Problema jurídico y metodología de la decisión

1. La señora Angie Dayana Camacho Nieves y el señor Víctor Andrés Olarte Arcos presentaron acción de tutela en contra de Compensar EPS. Invocaron la protección de sus derechos fundamentales “al debido proceso; a la salud; a la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; y al cuidado del menor recién nacido”⁴⁰, que consideraron vulnerados debido a la negativa “arbitraria” de reconocerles la licencia parental compartida contemplada en la Ley 2114 de 2021.

1. Para fijar el alcance del problema jurídico, la Sala encuentra necesario hacer una

aclaración. De cara a ambos accionantes existe una problemática relacionada con la posibilidad de cumplir con su deber de cuidar a su hija recién nacida y al debido proceso por cuanto, en principio, se está exigiendo una reglamentación no contemplada en la Ley 2114 de 2021 para acceder a la licencia parental compartida.

1. De cara al señor Olarte, existe una discusión adicional relacionada con el derecho a la igualdad. Lo anterior, pues el MinSalud sostuvo que “los empleados públicos no se encuentran cobijados dentro del campo de aplicación de esta ley”⁴¹ y, en consecuencia, el accionante no tiene derecho al reconocimiento de la licencia parental compartida. El mencionado Ministerio sustentó su negativa en conceptos del Departamento Administrativo de la Función Pública, que ha manifestado, tanto en su respuesta al auto de pruebas del 23 de enero de 2023 como en conceptos emitidos⁴², que los empleados públicos no son beneficiarios de la licencia parental compartida. Ello, puede amenazar el derecho a la igualdad, por cuanto esta es la entidad encargada de reglamentar la materia para los “trabajadores del sector público”, de acuerdo con la Ley 2114 de 2021.

1. Corresponde a la Corte resolver dos problemas jurídicos:

¿La EPS Compensar y el Ministerio de Salud y Protección Social afectaron los derechos fundamentales al interés superior del menor de edad y al debido proceso, así como al deber de cuidado del niño, al negar a los accionantes el reconocimiento de la licencia parental compartida, bajo el argumento de que la figura aún no ha sido objeto de reglamentación y al exigirles aportar el certificado médico del que trata la Ley 2114 de 2021, el cual no les fue entregado?

¿El Ministerio de Salud y Protección Social desconoce el derecho a la igualdad del señor Víctor Andrés Olarte al negar el reconocimiento de la licencia parental compartida, bajo el argumento de que aquella no aplica a los empleados públicos, de conformidad con los

conceptos proferidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública?

1. Para responder a los interrogantes planteados, en la presente decisión se estudiará (A) las licencias parentales, especialmente frente a la licencia parental compartida, y los derechos fundamentales que estas desarrollan; (B) el derecho al debido proceso y la ausencia de regulación como obstáculo para la garantía de un derecho y (C) el derecho a la igualdad entre trabajadores del sector público y privado. Tras esto, se analizará el caso concreto.

1. Las licencias de maternidad y paternidad encuentran su fundamento en diferentes artículos de la Constitución. En primer lugar, el artículo 44 señala como derechos fundamentales de los niños “el cuidado y amor” y el deber que tienen la familia, la sociedad y el Estado de garantizar su interés superior⁴³. En segundo lugar, el artículo 42 dispone que el “Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”. En tercer lugar, el artículo 53 constitucional incluye como principios fundamentales del trabajo el descanso necesario, la protección especial a la mujer y a la maternidad.

1. En desarrollo de lo anterior, el ordenamiento jurídico consagra las licencias parentales, con las que se pretende garantizar que los menores de edad sean cuidados por su madre y su padre y, en esa medida, garantizarle el goce efectivo de sus derechos fundamentales. Al respecto, la Sentencia C-415 de 2022 resaltó que tanto la licencia de maternidad como de paternidad “se dirigen fundamentalmente a proteger a la niñez y especialmente el bienestar del recién nacido”. Por lo anterior, la Corte extendió la licencia reconocida a la madre biológica, que fue la inicialmente prevista en el sistema jurídico, a casos no originalmente comprendidos por la ley pero que, de cara al cuidado del menor de edad -entre otros principios-, hacían necesario el reconocimiento de la figura. Tal y como se explica enseguida.

1. Primero, la Sentencia T-1078 de 2003 señaló que ante la muerte de la madre biológica, el padre biológico tiene el derecho a que se le extienda el reconocimiento de la licencia de maternidad a este. Segundo, en la decisión C-543 de 2010 se consideró que el artículo 42 de la Constitución “ordena reconocerle a todos los hijos y a todas las hijas con independencia de la manera como hayan llegado a la familia los mismos derechos”. Por lo anterior, extendió la licencia de maternidad a casos en los cuales se adoptaron niños, niñas o adolescentes (NNA) mayores de 7 años. Tercero, en la decisión T-275 de 2022 esta corporación extendió la licencia de maternidad a un padre que concibió a su hija a través de un proceso de maternidad subrogada⁴⁴. Cuarto, en la referida Sentencia C-415 de 2022⁴⁵ se estableció que las parejas del mismo sexo también deben gozar de las licencias de maternidad y paternidad, a pesar de que este no es un supuesto expresamente contenido en la ley⁴⁶.

1. Ahora bien, a pesar de que ambas licencias tienen elementos en común y comparten la fundamentación constitucional, existen aspectos diferentes para cada una de estas licencias. Por un lado, la licencia de maternidad tiene sustento normativo en el artículo 43 de la Constitución, el cual establece una protección para la mujer al indicar que “[d]urante el embarazo y después del parto gozará de especial asistencia y protección del Estado”. Adicionalmente, el artículo 10.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales establece una especial para las mujeres después del parto⁴⁷; y, el artículo 11.2.b de la Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer consagra el deber de los Estados para implementar la licencia de maternidad⁴⁸.

1. Con base en ello, la Corte ha indicado que se trata de “una medida de protección a favor de la madre del menor [de edad] y de la institución familiar. Esta se hace efectiva a través del reconocimiento de un período destinado a la recuperación física de la madre y al cuidado del niño”⁴⁹. En razón de ello, ha señalado que esta licencia realiza “los principios constitucionales de igualdad y solidaridad, el amparo a la familia como institución básica de la sociedad y los derechos de la madre y del recién nacido a la vida digna y al mínimo vital”⁵⁰. Y, ha precisado que otorga una protección doble e integral, lo que explicó la Sentencia T-224 de 2021 en los siguientes términos:

“[D]oble por cuanto cobija a las madres y a sus hijos o hijas. Es integral porque comprende un conjunto de prestaciones que buscan asegurar que las mujeres trabajadoras y sus descendientes dispongan de un espacio propicio para iniciar las relaciones familiares en condiciones de dignidad y calidad”⁵¹.

1. Por otro lado, sobre la licencia de paternidad se ha establecido que esta “contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños”⁵². Igualmente, esta constituye “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”⁵³. También, este tribunal ha afirmado que se trata de “una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención”⁵⁴.

1. A nivel legal, estas medidas están contempladas en el CST para los trabajadores particulares y los trabajadores oficiales. El artículo 236 del CST dispone en su numeral 1 que toda “trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia”. Además, dispone en su párrafo 2º que el “padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad”. Igualmente, la norma dispone que “[l]os beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público”.

1. Para empleados públicos del orden nacional, las normas aplicables son los artículos 5, 37 y 38 del Decreto 1045 de 1978. Si bien este acto administrativo únicamente contempla la licencia de maternidad, el artículo 2.2.5.5.10 del Decreto 1083 de 201555 establece que las “licencias por enfermedad, maternidad o paternidad de los servidores públicos se rigen por

las normas del régimen de Seguridad Social, en los términos de la Ley 100 de 1993, la Ley 755 de 2002, la Ley 1822 de 2017 y demás disposiciones que las reglamenten, modifiquen, adicionen o sustituyan”. Dado que estas normas implican, en general, modificaciones al CST, el mencionado artículo puede considerarse una cláusula de remisión.

1. Frente a los encargados del reconocimiento de estas prestaciones, el Decreto 780 de 2016⁵⁶ establece que el “empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC”⁵⁷. Adicionalmente, en la Circular Externa 24 del 19 de julio de 2017 el MinSalud estableció que el “empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC, correspondiendo al empleador, adicionalmente, reconocer el valor de la licencia de maternidad directamente a la cotizante”. Finalmente, el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 indica que 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”. Lo anterior, sin perjuicio de que la EPS pueda recobrar posteriormente a la ADRES en los términos del artículo 207 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 2.2.3.4.4 del Decreto 1427 de 2022⁵⁸.

La licencia parental compartida, su régimen y las finalidades constitucionales que desarrolla

1. La Ley 2114 de 2021, que modificó el artículo 236 del CST, creó la figura de la licencia parental compartida, que de acuerdo con la exposición de motivos del proyecto de ley busca: (i) “que los padres tengan opciones adicionales para cumplir con el deber de cuidado y de esa manera, propender por la materialización del derecho fundamental de los niños a recibir el cuidado de los padres”; (ii) “disminuir las condiciones de desigualdad de las mujeres para el acceso al campo laboral, eliminando como criterio en los procesos de selección de personal, si la mujer está en edad reproductiva o no” y (iii) “lograr que se logre un papel más

activo en el cuidado por parte de ambos padres, para lograr una mejor salud psicológica, autoestima y formas de relacionamiento con el mundo”⁵⁹. La jurisprudencia constitucional se ha pronunciado sobre estas finalidades en diferentes ocasiones.

1. Con base en los antecedentes legislativos se advierte que la licencia parental compartida tiene el propósito de (i) garantizar las condiciones para que tanto la madre como el padre cumplan con su deber de cuidado y, en consecuencia, se propenda por la materialización del derecho fundamental de las y los niños a recibir su cuidado⁶⁰. En esa medida, permite la materialización de la responsabilidad parental, consagrada en el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia, frente a la cual la Sentencia T-044 de 2014 explicó que es “la obligación inherente a la orientación, cuidado, acompañamiento y crianza de los niños, las niñas y los adolescentes durante su proceso de formación. Esto incluye la responsabilidad compartida y solidaria del padre y la madre de asegurarse que los niños, las niñas y los adolescentes puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos”⁶¹. De manera más reciente, en la Sentencia T-413 de 2020, la Corte señaló que la protección a los menores de edad busca “el efectivo acceso de los niños a los derechos consagrados en la Constitución al garantizar las ‘condiciones que les permitieran crecer en libertad e igualdad’”.

1. Además, (ii) la licencia parental compartida propende por garantizar el principio de igualdad en, al menos, dos aspectos. Por un lado, respecto del acceso de la mujer al mercado laboral, en la Sentencia SU-075 de 2018 la Corte encontró que “actualmente existen grandes diferencias entre las tasas de desempleo femenino con respecto al masculino. Así mismo, indican que las mujeres y los hombres no funcionan de igual manera en el mundo laboral, ya que se ha podido establecer, por ejemplo, que específicamente ‘las mujeres madres sufren mayores tasas de desempleo a causa de los sobrecostos que incurren las empresas por la maternidad y la restringida oferta de cuidado para la primera infancia’ y que ‘la situación de desempleo femenino implica una desigualdad en el acceso al empleo por razón del sexo’”⁶². Por lo anterior, es importante que esta situación pueda “equilibrarse con medidas que permitan una participación equitativa en el mercado laboral”⁶³.

1. Y, por el otro lado, frente a la concurrencia de ambos padres al cuidado del menor de edad, la Corte ha considerado que, por ejemplo, la licencia de paternidad, al permitir al padre dedicar cuidado al menor, “contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños”⁶⁴. En un sentido similar, se señaló que esta licencia “ha sido concebid[a] para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido”⁶⁵. Estos argumentos son extensibles al caso concreto por cuanto la licencia parental compartida busca aumentar el tiempo que el padre puede dedicar al cuidado del menor de edad.

1. En la Sentencia C-415 de 2022⁶⁶, la Corte indicó que “(...) la licencia de maternidad y paternidad y por extensión las parentales flexibles y compartidas son un mecanismo de protección integral para la niñez, en desarrollo de los artículos, 42, 43, 44 y 45 de la Constitución Política”. Además, se señaló que la ley fue emitida con dos finalidades: (i) el interés superior del menor de edad y (ii) la igualdad entre el hombre y la mujer⁶⁷.

Licencia parental compartida

Condiciones

(i) La licencia contará a partir de la fecha del parto a menos que el médico tratante determine que es necesario que esta comience antes.

(ii) La madre deberá tomar mínimo las primeras 12 semanas y son las 6 restantes las que pueden ser repartidas, sin que esto afecte el tiempo de licencia del padre.

(iii) Los períodos no se podrán “fragmentar, intercalar ni tomar de manera simultánea”.

(iv) La licencia será remunerada con base en el salario de quien disfrute de esta por el período correspondiente y su pago estará a cargo del respectivo empleador o EPS, de

acuerdo con la normatividad vigente⁶⁸.

Requisitos

(i) Aportar el Registro Civil de Nacimiento

(ii) Que exista mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia, expresado en un documento firmado

(iii) Que el acuerdo sea autorizado por el médico tratante

(iv) Que se presente ante el empleador un certificado médico donde conste “a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor [de edad]. b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor [de edad]. c) La indicación del día desde el cual empezarían las licencias de cada uno”.

1. Igualmente, la ley indica que se aplicará la licencia (i) respecto de los niños prematuros y adoptivos y (ii) a los trabajadores del sector público, para lo cual el Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará la materia dentro de los seis meses siguientes a la sanción de la ley. Finalmente, establece restricciones para el reconocimiento de la licencia parental compartida a padres condenados por delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales, delitos contra la familia o frente quienes exista una medida de protección por violencia intrafamiliar vigente⁶⁹.

1. De los dos apartados anteriores es posible concluir: (i) que las licencias parentales garantizan múltiples derechos como la igualdad, el cuidado del menor de edad, la protección a la mujer y la integridad familiar; (ii) contribuyen a la eliminación de estereotipos de género y (iii) la licencia parental compartida busca ampliar la atención de los deberes en el hogar para ambos progenitores, lo que además contribuye a eliminar las brechas de acceso al mercado laboral para las mujeres.

A. El derecho al debido proceso y la ausencia de regulación como obstáculo para la garantía de un derecho

1. En la presente sección se estudian dos aspectos relacionados con la regulación y la reglamentación para el goce de los derechos. En primer lugar, se estudia el desconocimiento del derecho al debido proceso por la exigencia de requisitos no contemplados en la ley. En segundo lugar, las razones por las cuales la Corte ha considerado que la ausencia de regulación de un derecho no es un argumento admisible para negar su reconocimiento.

El desconocimiento del derecho al debido proceso por exigencia de requisitos no contemplados en la ley

1. El artículo 29 constitucional consagra el derecho al debido proceso y dispone que este se aplicará a “toda clase de actuaciones judiciales y administrativas”. Además, el artículo 84 de la Constitución establece que cuando un derecho es reglamentado de manera general, las autoridades no pueden establecer ni exigir requisitos adicionales para su ejercicio.

1. Para la Corte, el debido proceso administrativo es “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados por la ley”⁷⁰. Además, ha considerado que este derecho se configura “como una manifestación del principio de legalidad, conforme al cual toda competencia ejercida por las autoridades públicas debe estar previamente señalada por la ley, como también las funciones que les corresponden y los trámites a seguir antes y después de adoptar una determinada decisión”⁷¹. En aplicación de este principio, se ha proscrito la exigencia de requisitos adicionales a los contemplados en la ley para el reconocimiento de un derecho⁷².

1. En un caso relacionado con el reconocimiento de la licencia de maternidad, la Corte afirmó en la Sentencia T-224 de 2021 que “las EPS no le pueden exigir a las mujeres que pretenden el reconocimiento de la licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente. Lo anterior prohíbe que se impongan cargas excesivas a personas que -dadas sus circunstancias- son sujetos de especial protección constitucional”. Además, señaló que “se vulnera del derecho fundamental al debido proceso de las madres cuando se le exigen requisitos y formalidades adicionales para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad”⁷³.

La ausencia de regulación no puede constituir un obstáculo para el goce de un derecho

1. La Corte ha establecido que la ausencia de regulación -ya sea legislativa o administrativa- de una materia no puede implicar un obstáculo para el goce efectivo de los derechos fundamentales y que, en ese sentido, las autoridades no pueden ampararse en este vacío normativo para omitir sus deberes relacionados con el aseguramiento de garantías constitucionales. En seguida, se presentan tres sentencias en las cuales la jurisprudencia constitucional llegó a la conclusión mencionada.

1. En la Sentencia T-970 de 2014 se conoció el caso de una mujer que padecía de diferentes patologías y que había solicitado a su EPS la realización del procedimiento de eutanasia. Al responder la acción de tutela, la entidad solicitó que esta se negara “en atención a la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia. Por su parte, solicitó la vinculación al proceso del [MinSalud]”. La Corte sostuvo que “[l]a ausencia de legislación no constituye razón suficiente para negarse [a] garantizar los derechos de la peticionaria” y que “en casos como el examinado, la ausencia de una regulación del derecho a morir dignamente se convierte en una barrera para su materialización”⁷⁴.

1. Más adelante, en la Sentencia T-544 de 2017 se estudió el caso de un menor de edad que

sufría de diferentes patologías, por lo que sus padres “elevaron petición ante SALUD EPS con el propósito de que se adelantara la valoración prevista en la Resolución 1216 de 2015 para hacer efectivo el derecho de Francisco a morir con dignidad”. Sin embargo, la EPS negó la prestación indicando que “no se evidencia que los médicos han establecido los criterios del protocolo ni han ordenado dicho proceso”. La Corte sostuvo que “la ausencia de una regulación sobre el derecho fundamental a la muerte digna de NNA perpetúa la posibilidad de generarles sufrimientos exagerados, a pesar de ser sujetos de especial protección constitucional que deben recibir una consideración especial y que, al igual que cualquier ser humano no deberían ser obligados a soportar esa carga”.

1. En un sentido similar, en la Sentencia T-275 de 2022 la Corte se pronunció en un caso en el cual un accionante solicitó a una EPS que se le concediera una licencia parental por el mismo término reconocido a las madres pues su hija nació a través de maternidad subrogada. Al resolver el caso concreto, este tribunal sostuvo que:

“[L]a ausencia de regulación de la maternidad subrogada repercutió en la imposibilidad de Sanitas EPS para definir cómo debía actuar en el asunto concreto. A su vez, la falta de reconocimiento de la extensión de la licencia de maternidad, ocasionada por la omisión legislativa absoluta respecto de la «maternidad subrogada», afectó el interés superior de la niñez (artículo 44 C.P.) y vulneró los derechos fundamentales de los accionantes a la igualdad (artículo 13 C.P.), al mínimo vital y a la «protección integral de la familia» (artículo 42 C.P.), así como el derecho a la extensión de la licencia de maternidad en favor del accionante”.

1. Además, la Corte ha indicado que no siempre es necesaria la reglamentación de una ley por parte del Ejecutivo para su implementación, sino que esto dependerá del detalle con que el legislador haya construido la norma. En la Sentencia C-1005 de 2008 se sostuvo que “no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas. Existen leyes que han sido formuladas por el Legislador de manera tan detallada y los temas en ellas contenidos han

sido desarrollados en forma tan minuciosa, que prima facie no habría espacio para una regulación ulterior”⁷⁵.

1. En conclusión, se tiene que (i) el derecho al debido proceso administrativo es una expresión del principio de legalidad que proscribe exigir requisitos no contemplados en la ley para acceder a los derechos; (ii) la reglamentación no es siempre necesaria y (iii) la ausencia de regulación de una materia puede ser un obstáculo para la garantía de derechos y no es un argumento admisible para negar el reconocimiento de estos.

A. La igualdad entre trabajadores del sector público y privado

1. El artículo 13 constitucional establece que todas las “personas nacen libres e iguales ante la ley, recibirán la misma protección y trato de las autoridades y gozarán de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin ninguna discriminación”. Dicha cláusula de igualdad está consagrada en los artículos 1º y 2º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos⁷⁶; y, en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos⁷⁷. Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la igualdad (i) tiene la triple naturaleza de valor, principio y derecho⁷⁸; (ii) como principio incluye cuatro mandatos para el actuar estatal⁷⁹ e (iii) incluye los preceptos de igualdad material, prohibición de discriminación y necesidad de adoptar medidas asistenciales para las personas que se encuentran en debilidad manifiesta⁸⁰.

1. El derecho a la igualdad adquiere una especial dimensión en materia laboral. El artículo 53 constitucional indica que uno de los principios mínimos fundamentales de la legislación laboral debe ser la igualdad de oportunidades para los trabajadores. Además, el Convenio 111 de la OIT⁸¹ establece que debe protegerse a los trabajadores de toda discriminación. En concreto, respecto de prestaciones laborales, el Informe global con arreglo al seguimiento de la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo del

Director General de la OIT indicó sobre el Convenio 111 que esta:

“[P]rotección es aplicable a todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados, y abarca: (...) el acceso a la seguridad social, los servicios y prestaciones sociales y relacionadas con el empleo, y otras condiciones laborales, incluidas la seguridad y la salud en el trabajo, las horas de trabajo, los períodos de descanso y las vacaciones”.

1. La Corte Constitucional ha conocido en múltiples oportunidades de casos relacionados con el derecho a la igualdad de los trabajadores⁸². Especialmente, en la Sentencia C-055 de 1999 se realizaron algunas consideraciones respecto de la igualdad entre trabajadores del sector público y privado. En primer lugar, se señaló que “[l]a protección del trabajo en todas sus formas y la cláusula específica de igualdad en materia laboral (CP arts 25 y 53) implican que la diferencia entre patronos público y privado no es en sí misma un criterio relevante de diferenciación en relación con las prestaciones debidas a los trabajadores. Por ello la Corte considera que en principio no es admisible que la ley establezca diferencias de beneficios jurídicos entre los trabajadores exclusivamente por la distinta naturaleza de los patronos”⁸³.

1. En segundo lugar, se indicó que “el artículo 53 del estatuto superior no pretende una ciega unificación normativa en materia laboral que desconozca la facultad del legislador de establecer regímenes diferenciados mas no discriminatorios, atendiendo a las particularidades concretas de las relaciones de trabajo que se pretenden regular”. Por lo anterior, la finalidad del artículo 53 constitucional es “exigir al legislador la consagración uniforme en los distintos regímenes de los principios mínimos fundamentales que protegen a los trabajadores y la manera de garantizarlos, en aras de hacer efectivo el principio de igualdad ante la ley”.

1. Además, respecto de las prestaciones sociales de los empleados públicos, aunque en

principio el Decreto 1045 de 1978 determina este régimen, existen disposiciones que remiten a normas del CST en materia de licencias, tal y como se indicó en los fundamentos n.ºs. 13 a 15 de esta decisión. Con base en estas, se advierte que en esa materia el legislador consagró las mismas garantías para los empleados públicos y privados, lo que resulta coherente con lo expuesto en los fundamentos n.ºs. 13 y 14 de esta providencia.

1. Como conclusión, se tiene que (i) en el ámbito laboral la igualdad tiene una connotación especial; (ii) la prohibición contra la discriminación cubre a “todos los sectores del empleo y la ocupación, tanto públicos como privados” e incluye las prestaciones sociales y otras condiciones laborales y (iii) la Corte Constitucional ha reconocido la igualdad entre trabajadores del sector público y privado.

1. La señora Angie Dayana Camacho Nieves y el señor Víctor Andrés Olarte Arcos presentaron acción de tutela en contra de Compensar EPS; debido a que, les negó el reconocimiento y pago de la licencia parental compartida contemplada en la Ley 2114 de 2021. En razón de ello, invocaron la protección sus derechos fundamentales “al debido proceso; a la salud; a la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; y al cuidado del menor recién nacido”⁸⁴.

Estudio de procedibilidad

1. La Sala Novena de Revisión considera que en el caso concreto se encuentran acreditados los requisitos de procedencia, como pasa a explicarse.

Requisito

Acreditación en el caso concreto

Legitimación por activa

Se cumple. La acción de tutela fue presentada de manera directa por Angie Dayana Camacho Nieves y el señor Víctor Andrés Olarte Arcos, quienes son los titulares del derecho a la licencia parental compartida.

Legitimación por pasiva

Se cumple. De conformidad con el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, el reconocimiento de la prestación corre a cargo del empleador o la EPS a la que el trabajador esté afiliado. En el presente caso, la accionante Angie Dayana Camacho Nieves es trabajadora independiente, por lo que la EPS Compensar es la responsable de reconocer su prestación. Además, el MinSalud (i) era la entidad empleadora del accionante Víctor Andrés Olarte Arco para el momento en que solicitó la licencia; (ii) en su respuesta al auto del 27 de febrero de 2023 sostuvo que “los empleados públicos no se encuentran cobijados dentro del campo de aplicación de esta ley”⁸⁵ y (iii) como se verá más adelante, esta entidad debió reconocer en su momento la prestación al accionante y no lo hizo. Del mismo modo, el Centro Nacional de Memoria Histórica es el empleador actual del señor Olarte desde el 10 de enero de 2023, lo que implica que actualmente es el responsable de garantizar el disfrute de la licencia de acuerdo con el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

Finalmente, el Departamento Administrativo de la Función Pública es la entidad encargada de la reglamentación de la prestación de acuerdo con el inciso 3º del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2017. Además, la interpretación que ha presentado tanto en este trámite de revisión como en conceptos técnicos excluye a los empleados públicos de la licencia parental compartida, por lo que las actuaciones del mencionado departamento pueden tener un impacto sobre el derecho a la igualdad. Por último, esta entidad no ha expedido la reglamentación que fue prevista por la legislación y, como se mostrará más adelante, esto ha implicado que se desconozcan los derechos de los accionantes.

Inmediatez

Se cumple. En respuestas del 1 y 2 de agosto de 2022 el MinSalud y la EPS Compensar, respectivamente, negaron el reconocimiento de la prestación a los accionantes. La acción de tutela se interpuso el 25 de agosto del mismo mes. Dado que no transcurrió ni siquiera un mes entre ambas actuaciones, el término se evidencia razonable.

Subsidiariedad

Si bien en principio la acción de tutela para el reconocimiento de prestaciones económicas es improcedente, la jurisprudencia constitucional ha señalado algunas excepciones cuando se constata que el medio ordinario no es idóneo o eficaz. De manera reciente, en la Sentencia T-014 de 2022 se afirmó que “el juez constitucional deberá estudiar las circunstancias específicas del caso objeto de análisis. En esa medida, podría evidenciar que la acción principal ‘no permite resolver la cuestión en una dimensión constitucional o tomar las medidas necesarias para la protección o restablecimiento de los derechos fundamentales afectados’. Además, ‘la aptitud del medio de defensa debe analizarse en cada caso, en atención a las circunstancias del peticionario, el derecho fundamental invocado y las características procesales del mecanismo en cuestión’. Si el juez constata que el mecanismo ordinario no es idóneo y eficaz, el amparo procede como mecanismo definitivo”.

Sobre este punto, la Corte considera que la licencia parental compartida tiene una importante dimensión constitucional que puede ser discutida en la acción de tutela por tres razones:

i. Las licencias parentales se relacionan con el derecho al mínimo vital, como se señaló anteriormente. Este no corresponde solo a los padres sino también a las posibilidades de subsistencia para el cuidado del menor de edad.

Por lo anterior, para establecer la procedencia de la acción de tutela cuando se solicita el

reconocimiento de la licencia parental compartida, es necesario verificar (i) una afectación al mínimo vital y (ii) el grado de protección efectiva con el que goza el derecho del menor de edad a recibir cuidado de sus padres.

En el caso concreto, no es claro que el primer requisito -la afectación al mínimo vital- se acredite por cuanto el accionante Olarte se desempeñaba en el cargo de Profesional Especializado Código 2028 Grado 21, que de acuerdo con el Decreto 473 de 2022, devengaba para ese año \$7.245.775.

A pesar de lo anterior, la Corte ha considerado que “no es relevante la cuantía de los ingresos o el nivel socioeconómico del padre o madre que solicita el reconocimiento y pago de la prestación en cuestión”⁸⁶. Para la Corte, “cuando el padre o madre que solicita la licencia de maternidad tiene como única fuente de ingresos el salario que habría de ser cubierto por dicha prestación, su no reconocimiento o falta de pago implica la vulneración de su derecho al mínimo vital”⁸⁷. En el caso concreto, no se cuenta con evidencia de que los accionantes cuenten con otro ingreso o puedan acudir a alguna fuente diferente a su salario para su manutención, por lo que puede considerarse acreditado el requisito de subsidiariedad.

Respecto del segundo requisito, este se acredita pues como se afirmó en la acción de tutela esta negativa “implicaría suspender el disfrute del tiempo que Víctor Andrés, padre de la menor [de edad], desea procurar a su hija en estas primeras semanas de vida, cuando demanda de tantas atenciones”⁸⁸. Adicionalmente, como se informó en la respuesta al auto de pruebas del 23 de enero de 2023, ninguno de las accionantes ha accedido a esta licencia, por lo que no han dispuesto del tiempo necesario para el cuidado de la menor de edad.

Adicionalmente, la Corte considera que la acción de tutela supera el requisito de subsidiariedad por otras dos razones:

(i) Se discute la afectación del derecho a la igualdad. En este respecto, la acción de tutela es el medio idóneo para proteger este derecho y para adelantar un juicio sobre la posible exclusión que se presenta en la interpretación de la norma del Departamento Administrativo de la Función Pública.

(ii) Se plantea un desconocimiento al debido proceso por el establecimiento de la exigencia de reglamentación de la ley por parte de la EPS para poder reconocer la prestación.

Fondo del asunto

1. La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional encuentra que la EPS Compensar y el MinSalud, entonces empleador del accionante, desconocieron los derechos al cuidado del menor de edad, al debido proceso y a la igualdad de los accionantes.

Desconocimiento del derecho al cuidado del menor de edad y al debido proceso

1. La Corte Constitucional encuentra que la EPS Compensar y el MinSalud, empleador del accionante para el momento en que se pretendió el reconocimiento de la licencia, vulneraron los derechos al debido proceso y al cuidado del menor de edad al exigir la reglamentación de la Ley 2114 de 2021 para acceder a la licencia parental compartida. Ello por cuanto, negaron el reconocimiento de la licencia solicitada con fundamento en la falta de reglamentación.

1. Sobre el derecho al cuidado del menor de edad, se tiene que la negativa de la EPS y el

empleador de conceder la licencia parental compartida con base en la ausencia de regulación ha impedido que los accionantes (i) gocen de las garantías propias de esta figura y (ii) desarrollen los objetivos constitucionales que buscan las licencias parentales y, en concreto, el derecho al cuidado de los menores de edad y la efectividad de su interés superior. En el caso concreto, la negativa se ha fundamentado en que aún no se ha expedido la reglamentación necesaria para implementar la ley. Como se indicó en las consideraciones de esta providencia, la ausencia de regulación de una materia no puede ser un obstáculo para la garantía de derechos y no es un argumento admisible para negar el reconocimiento de estos, mucho menos cuando ello ha vulnerado el derecho de un sujeto de especial protección frente a quien el artículo 44 de la Constitución señala la prevalencia de sus derechos.

1. Esto ha tenido dos consecuencias para los accionantes. Primero, la señora Camacho no ha gozado del descanso remunerado de doce semanas que aspiraba obtener con la licencia parental compartida. A la fecha, no ha recibido ningún tipo de licencia. Segundo, el señor Olarte vio reducido el tiempo que ha podido dedicar al cuidado de su hija. En este sentido, el MinSalud informó que le fueron reconocidas dos semanas de licencia de paternidad. Sin embargo, con la licencia parental compartida, el accionante busca gozar de seis semanas.

1. Por lo anterior, y con fundamento en un argumento que la Corte Constitucional ha calificado como inadmisibles, los accionantes no han contado con las garantías dadas por la licencia parental compartida, para dedicarse al cuidado de su hija menor de edad, garantizar la primacía de sus derechos y atender a la recuperación física de la mujer.

1. Adicionalmente, esta negativa les ha impedido cumplir con los fines constitucionalmente importantes que se definieron para la licencia parental compartida. Así, además de no poder dedicarse completamente al cuidado del menor de edad, no ha sido posible proteger intereses relevantes como la igualdad entre el hombre y la mujer pues no se han podido controvertir los roles de género ni se han generado las condiciones para que los accionantes

puedan dedicarse, por igual, a la atención de su hija.

1. Frente al derecho al debido proceso, la Corte concluye que este se desconoció por tres razones: (i) la EPS y el MinSalud negaron la licencia pretendida porque en su criterio requiere una reglamentación de la ley, aun cuando esta no es una exigencia contenida en la misma; (ii) los argumentos que presentó la EPS sobre la necesidad de la reglamentación se refieren a los procesos de recobro y no a conceder la licencia parental compartida y (iii) existen normas que han regulado aspectos de la licencia y que pueden aplicarse en este caso.

1. De manera preliminar, es importante aclarar que la EPS Compensar desconoció los derechos fundamentales al imponer barreras administrativas y exigir requisitos no contemplados en la Ley 2114 de 2021 para conceder la licencia parental compartida. Por su parte, el MinSalud vulneró los derechos de los accionantes pues acató las razones de la EPS Compensar para negar el reconocimiento y no contradijo esta respuesta ni planteó una postura que garantizara los derechos de los actores.

1. Primero, la Ley 2114 de 2021 fue clara y detallada respecto de la licencia parental compartida. Así, con base en lo dispuesto en el párrafo 4º del artículo 2º es posible identificar: (i) los beneficiarios de la prestación; (ii) los tiempos y el monto en que esta debe reconocerse; (iii) los obligados a su pago y (iv) los requisitos y condiciones que deben reunir quienes aspiren a acceder a la prestación. En ningún momento se impone la exigencia de reglamentación para concederla. De hecho, la única referencia a la regulación por parte del Ejecutivo trata sobre el caso de los trabajadores del sector público, asunto que se abordará al resolver el segundo problema jurídico. Además, como se indicó previamente, “no todas las leyes ordinarias requieren ser reglamentadas”⁸⁹ (ver fundamento nº. 32).

1. Esta exigencia constituye una barrera administrativa no prevista en la ley y que, como tal, (i) desconoce el principio de legalidad tal y como se indicó anteriormente (ver fundamento

nº. 26) y (ii) implicó una afectación de los derechos fundamentales de los accionantes por cuanto la señora Camacho no ha gozado del descanso remunerado de doce semanas que aspiraba obtener con la licencia parental compartida y el señor Olarte vio reducido el tiempo que ha podido dedicar al cuidado de su hija. Esto también conllevó a que la hija de los accionantes no ha podido recibir el cuidado de sus padres en la calidad y cantidad de tiempo requerido.

1. Segundo, la EPS sostuvo que la licencia parental compartida “se encuentra sujeta a un procedimiento reglado, de carácter insoslayable en tanto compromete recursos de naturaleza fiscal. Sobre el particular, es perentorio el artículo 2.6.1.1.2.11 del Decreto 780 de 2016 al advertir que es deber del [MinSalud] o la entidad que haga sus veces adoptar los formularios que se requieran para procesar la información del cobro de licencias de maternidad y/o paternidad”⁹⁰. Del mismo modo, señaló que “para la ejecución de la referida norma es preciso desarrollar un reglamento que permita su debida ejecución”⁹¹. Sin embargo, estos argumentos hacen referencia al recobro que la EPS puede adelantar frente a la ADRES de acuerdo con el artículo 207 de la Ley 100 de 1993, situación que no debe ser oponible a los accionantes.

1. La Corte ha indicado que el proceso de recobro no puede constituirse en una barrera para el acceso a prestaciones que deben garantizar las EPS. Por ejemplo, la Sentencia T-239 de 2019 señaló que “[son] las EPS quienes deben acatar la orden médica sin dilación alguna y posteriormente iniciar los trámites a que haya lugar ante el [MinSalud] y/o ante la ADRES para obtener el recobro de los gastos incurridos”. Además, ha considerado, al resolver conflictos de jurisdicciones⁹², que el recobro no tiene relación con las prestaciones sociales y es un trámite administrativo que se adelanta de manera posterior. En el Auto 389 de 2021 se llegó a dos conclusiones relevantes para el caso concreto: (i) que el recobro “constituye un verdadero trámite administrativo que busca garantizar el propósito de la ADRES consistente en administrar las fuentes y el uso de los recursos que financian el Sistema General de Seguridad Social en Salud, bajo los principios de eficiencia, transparencia y calidad” y (ii) que el “proceso judicial de recobro no corresponde, en estricto sentido, a una controversia relativa a la prestación de servicios de la seguridad social” y, por lo anterior, “no pretende garantizar en forma directa que el servicio o la tecnología en salud efectivamente sean

prestados”.

1. De las anteriores consideraciones puede concluirse que la reglamentación de la Ley 2114 de 2021 no es necesaria para el reconocimiento de la licencia parental compartida sino para el trámite administrativo de recobro por tres razones. Primero, el Legislador fue claro respecto del modo, los requisitos y las condiciones para el acceso a esta. Segundo, la reglamentación es necesaria para el proceso de recobro, pero este trámite no está relacionado con el reconocimiento y pago de prestaciones sociales y no puede, por ende, constituir un límite para el goce efectivo de derechos. Tercero, de ninguna manera la Ley 2114 de 2021 ordenó esta reglamentación. Por lo anterior, exigirla se erige como una barrera administrativa que desconoce el principio de legalidad y los derechos de los accionantes.

1. Tercero, la Corte encuentra que existen aspectos de la prestación que sí han sido objeto de reglamentación, como lo es el certificado médico para acceder a la licencia del que trata el numeral 4, del inciso 2, del párrafo 4 del artículo 236 del CST -artículo 2 de la Ley 2114 de 2021-. Al respecto, se tiene que el Decreto 1427 de 2022 establece en su artículo 2.2.3.2.4 lo siguiente:

“Artículo 2.2.3.2.4 Certificado de licencia de maternidad. Es el documento que está obligado a expedir el médico tratante o médico que atendió el parto, para dar constancia de la culminación del embarazo, el cual deberá contener como mínimo la siguiente información: (...) 9. Fecha probable del parto. 10. Fecha de inicio y terminación de la licencia de maternidad. (...) 14. Número de nacidos vivos. 15. Número del certificado de cada nacido vivo (...)” (negrillas no originales).

1. Para la Sala, a pesar de que el artículo hace referencia únicamente a la licencia de maternidad, esta reglamentación es extensible a la licencia parental compartida por tres razones. Primero, el acto administrativo fue expedido en vigencia de la Ley 2114 de 2021.

Segundo, en la motivación del Decreto se indicó que “mediante la Ley 2114 de 2021, (...) se establecieron requisitos y condiciones para el reconocimiento y pago por parte del Sistema General de Seguridad Social en Salud de las citadas licencias, [por lo que] se hace necesario incorporar algunos aspectos previstos por el legislador en la regulación”. Tercero, los elementos 9, 10, 14 y 15 de la reglamentación coinciden con los exigidos por el numeral 4, del inciso 2, del parágrafo 4 del artículo 236 del CST -artículo 2 de la Ley 2114 de 2021-, esto es, que el certificado médico señale: “a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor. b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor. c) La indicación del día desde el cual empezarían las licencias de cada uno”. Solo se requería realizar un ajuste en el elemento 10 para que indique las fechas de inicio y terminación para ambas licencias, no únicamente la de maternidad.

1. Además, una vez establecido que la aplicación del Decreto 1427 de 2022 puede extenderse a la licencia parental compartida, el artículo 2.2.3.2.1 de esta norma dispone que es necesario contar con el “certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta”. Teniendo en cuenta que dicho documento aun no ha sido aportado por los accionantes y no se cuenta con evidencia de que el médico tratante haya entregado el mismo, corresponderá a la EPS adelantar las gestiones necesarias para que este último lo emita y que con base en esta se realice el reconocimiento de la licencia.

1. Así las cosas, la Corte encuentra que los accionantes cumplen con los requisitos legalmente establecidos para que se les conceda la licencia parental compartida. Esto se muestra en el siguiente cuadro:

Requisito

Cumplimiento en el caso concreto

(i) Aportar el Registro Civil de Nacimiento.

Aportado a la EPS el 21 de julio de 2022⁹³ y al empleador el 19 de julio de 2022⁹⁴.

(ii) Que exista mutuo acuerdo entre los padres acerca de la distribución de las semanas de licencia, expresado en un documento firmado.

El documento fue suscrito el 18 de julio de 2022 por parte de los accionantes⁹⁵. Este fue aportado a la EPS el 21 de julio de 2022⁹⁶ y al empleador el 19 de julio de 2022⁹⁷.

(iii) Que el acuerdo sea autorizado por el médico tratante.

Como se mostró anteriormente, este certificado debía ser aportado por un médico de la red de prestadores de la EPS, lo que no sucedió en el caso concreto.

Sin embargo, en el caso se tiene que (i) los accionantes afirmaron que tanto la señora Camacho como la menor recién nacida, gozan de buen estado de salud, por lo que la distribución de las semanas acordada garantiza su estado de salud⁹⁸ y (ii) manifestaron “la disposición a que Compensar EPS revise las historias clínicas de mi compañera permanente (quien avala esta solicitud) y de mi hija, a fin de que pueda corroborar a partir de la información registrada en las últimas citas médicas su estado de salud e, incluso, expresamos la disposición a que la EPS programe una cita de control a efectos de establecer el supuesto establecido para el reconocimiento de la licencia”⁹⁹.

Por lo anterior, puede tenerse como cumplido este requisito toda vez que la EPS contaba con todas las herramientas para verificar tanto el estado de salud de la madre como de la niña y podía, a través de su red de prestadores, emitir el certificado médico requerido.

(iv) Que se presente ante el empleador un certificado médico donde conste “a) El estado de embarazo de la mujer; o una constancia del nacimiento del menor. b) La indicación del día probable del parto, o la fecha del nacimiento del menor. c) La indicación del día desde el cual empezarían las licencias de cada uno”.

(v) Que los padres no hayan sido condenados en los últimos cinco (5) años por los delitos

contemplados en el título IV delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales; los padres condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el título VI contra la familia, capítulo primero “de la violencia intrafamiliar” y capítulo cuarto “de los delitos contra la asistencia alimentaria” de la Ley 599 de 2000 o los padres que tengan vigente una medida de protección en su contra, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione.

En el expediente se encuentra que el señor Olarte allegó el resultado de la consulta de antecedentes judiciales ante la Policía Nacional¹⁰⁰ y manifestó “que no tengo antecedentes penales”¹⁰¹ y que “debido a que no existe un sistema de consulta de medidas de protección, manifiesto que no tengo ningún tipo de medida de este tipo”¹⁰²

1. De este modo, los accionantes cumplen con los requisitos legalmente previstos para acceder a la licencia parental compartida y, en consecuencia, se ordenará su reconocimiento.

Desconocimiento del derecho a la igualdad

1. La Corte encuentra que el MinSalud fundamentó la negativa del reconocimiento de la prestación en (i) la respuesta del 1 de agosto de 2022 de la EPS Compensar y (ii) en ciertos conceptos técnicos que ha emitido el Departamento Administrativo de la Función Pública. Esto llevó a una interpretación de la norma en el sentido de excluir a los empleados públicos como beneficiarios de la licencia parental compartida. Esta interpretación es (i) contraria al derecho a la igualdad¹⁰³ y (ii) desconoce el contexto normativo de la Ley 2114 de 2021; por las cinco razones que se exponen a continuación.

1. Primero, existe un mandato de igualdad entre trabajadores que encuentra soporte en los artículos 13 y 53 constitucionales, el Convenio 111 de la OIT y la jurisprudencia

constitucional.

1. Segundo, la interpretación del Departamento Administrativo de la Función Pública desconoce el contexto de la norma y es necesario dotar de una interpretación útil al inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Este establece que “[l]a licencia parental compartida es aplicable también a los trabajadores del sector público. Para estos efectos, el Departamento Administrativo de la Función Pública reglamentará la materia”. Del mismo modo, este artículo dispone que “[l]os beneficios incluidos en este artículo, y el artículo 239 de la presente ley, no excluyen a los trabajadores del sector público”.

1. El Departamento Administrativo accionado ha afirmado que esta disposición hace referencia a reglamentar la materia para trabajadores oficiales y no para empleados públicos. Sin embargo, el régimen de los trabajadores oficiales se rige por las normas del CST y estas se aplican sin necesidad de reglamentación. Se recuerda que, por tratarse de una relación contractual, el régimen de los trabajadores oficiales no requiere del ejercicio de la potestad reglamentaria. Esta interpretación genera dudas sobre el objetivo del mandato de reglamentación. Si los trabajadores oficiales se rigen por el CST y este no requiere una regulación para su aplicación ¿a qué se refiere el inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021? De acuerdo con esta lectura, la obligación de reglamentar no tendría una finalidad clara.

1. En este sentido, para dotar de sentido útil a la expresión contenida en la Ley 2114 de 2021, debe entenderse que se refiere a la reglamentación para empleados públicos, sobre los cuales podría llegar a requerirse una regulación adicional. Esta posibilidad, además, no pugna con el derecho a la igualdad de los trabajadores. Como se indicó en las consideraciones de esta sentencia, el artículo 53 de la Constitución no exige que los trabajadores del sector público y privado tengan exactamente el mismo régimen, pero impone el principio de igualdad respecto de ciertos mínimos.

1. Cuarto, en el trámite legislativo de la Ley 2114 de 2021 nada se dijo sobre la exclusión de los empleados públicos. El inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 fue incluido desde la presentación del proyecto de ley en el Congreso¹⁰⁴ y no sufrió modificaciones en ninguna etapa del proceso ni se hizo referencia alguna a la exclusión de los empleados públicos. Al respecto, es importante traer a colación el principio general del derecho según el cual cuando la norma no distingue, no le es dado al intérprete distinguir¹⁰⁵. Puesto que la norma únicamente hace una referencia general a la expresión “trabajadores del sector público” y no existen indicios que indiquen su diferenciación, no es posible para el DAFP generar distinciones no previstas en la norma.

1. Quinto, la interpretación del Departamento Administrativo de la Función Pública desconocería las finalidades de la norma. Como se indicó antes, el Congreso expresó tres razones para adoptar la licencia parental compartida: (i) materializar el derecho de los niños a recibir atención de sus padres; (ii) controvertir los estereotipos de género que asocian a la mujer con el trabajo doméstico y le obstaculizan su ingreso al mercado laboral y (iii) lograr un papel más activo en el cuidado por ambos progenitores.

1. La exclusión de los empleados públicos no responde a estos objetivos pues (i) para el 2022 el Estado tenía 1.351.835 servidores públicos¹⁰⁶, lo que implica un sector significativo de la población y (ii) el empleo público no es ajeno a los estereotipos de género, al punto que se han adoptado medidas afirmativas para asegurar la inclusión de las mujeres, por ejemplo, en el nivel directivo, a través del Decreto 455 de 2020¹⁰⁷. Además, (iii) no existe diferencia entre los tratos que requieren los hijos de los empleados públicos o de los trabajadores del sector privado o trabajadores oficiales. En este punto, es importante reiterar que el centro de la licencia parental compartida es el cuidado al menor de edad y la prevalencia de su interés superior, lo que ha implicado, en algunos casos, la extensión de la licencia de maternidad a casos no originalmente comprendidos por la ley.

1. Al respecto, en la Sentencia T-275 de 2022 se señaló que, para efectos de conceder la licencia de maternidad, (i) las madres son comparables a (ii) los padres de hijos nacidos a través de maternidad subrogada por cuanto estos dos son “«‘semejante[s]’, ‘asimilable[s]’ o ‘equiparable[s]’ respecto de hechos o rasgos sobresalientes o relevantes», en especial, en relación con el impacto en la garantía de los derechos de su hija”. En este sentido, de cara al cuidado del menor de edad los trabajadores oficiales y los empleados públicos se encuentran en la misma situación.

1. Teniendo en cuenta lo anterior, una interpretación que incluya a los empleados públicos es respetuosa del derecho a la igualdad y desarrolla los fines de la Ley 2114 de 2021. En este sentido, tanto el Departamento Administrativo de la Función Pública como el Minsalud deberán tener en cuenta las consideraciones aquí expuestas para establecer las condiciones bajo las cuales los empleados públicos son beneficiarios de la prestación, sin desconocer los mínimos establecidos en la ley. En el mismo sentido, el MinSalud no podrá negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con base en la interpretación que excluye a los empleados públicos.

Órdenes por proferir

1. Con base en las anteriores consideraciones, la Corte revocará la sentencia de única instancia del 6 de septiembre de 2022 el Juzgado 38 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá que negó el amparo. Lo anterior, pues en esta decisión se afirmó que no existía una reglamentación sobre la licencia parental compartida y esto imposibilitaba su reconocimiento. Como se ha mostrado en esta decisión, este es un argumento inadmisibles y representó la vulneración de los derechos al cuidado del menor de edad, al debido proceso y a la igualdad de los accionantes. Como remedio constitucional, este tribunal proferirá las siguientes órdenes.

1. Primero, se ordenará a la EPS Compensar que adelante todas las acciones necesarias para reconocer y pagar la licencia parental compartida a los accionantes de acuerdo con lo establecido en la Ley 2114 de 2021 y en las consideraciones de esta providencia. En este sentido, deberá reconocer 12 semanas directamente a la señora Angie Dayana Camacho Nieves y las 6 semanas restantes al señor Víctor Andrés Olarte Arcos por intermedio de su empleador, con base en el acuerdo mutuo allegado por los accionantes. Para efectos de determinar el salario respecto del cual se pagará la licencia deberá seguirse lo establecido en el numeral 4 del inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

1. La Sala considera necesario realizar dos precisiones respecto de esta orden. En primer lugar, a pesar de que la hija de los accionantes nació hace casi un año -el 8 de junio de 2022-, aún es posible gozar de la licencia parental compartida pues (i) el cuidado del menor de edad no se refiere únicamente al recién nacido, sino que implica la presencia y la atención de los padres a lo largo de toda la niñez y adolescencia y (ii) los accionantes no han hecho uso de la licencia parental compartida, por lo que no han dispuesto de 18 semanas dedicadas al descanso remunerado. Además, (iii) en algunos casos la Corte Constitucional ha ordenado el reconocimiento de estas licencias a pesar de que el NNA había nacido varios meses antes de la decisión¹⁰⁸.

1. En segundo lugar, la Corte encuentra dos interpretaciones posibles del numeral 2 del inciso 2 del parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021, que establece que el “tiempo de licencia del padre no podrá ser recortado en aplicación de esta figura”. La primera interpretación es aquella según la cual la expresión se refiere a que no podrán reconocerse menos de dos semanas al padre, correspondientes a la licencia de paternidad. La segunda, implica que el accionante podrá gozar de sus dos semanas de licencia de paternidad en adición a las semanas con las cuales goce en virtud de la licencia parental compartida.

1. La segunda interpretación es la que debe acogerse al realizar una lectura de la norma. Lo anterior es así pues (i) las licencias de maternidad y paternidad son figuras diferentes y reconocer una no implica que no se pueda acudir a la otra, por lo que una pareja puede disfrutar de ambas al tener un hijo; (ii) la primera interpretación reduce la duración de la licencia parental compartida a 16 semanas y determinaría dos semanas para la licencia de paternidad, lo que conlleva a gozar de dos semanas menos que si se disfrutarían si solo se acudiera a la licencia de maternidad y (iii) la primera interpretación reduce en dos semanas el tiempo total del que disfruta una pareja al tener un hijo, pues normalmente es posible gozar de 20 semanas cuando se suman la licencia de paternidad y la licencia parental compartida. Si una pareja acude a las licencias de maternidad y paternidad de manera independiente gozarán, en conjunto, de 20 semanas de licencia. La primera interpretación señalada implicaría que, al acudir a la licencia parental compartida, solo se gozaría, en conjunto, de 18 semanas.

1. Segundo, se advertirá a la EPS Compensar para que se abstenga de negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con fundamento en la ausencia de regulación del trámite administrativo de recobro de la prestación y para que no imponga barreras administrativas y requisitos adicionales a los previstos por la ley.

1. Tercero, se ordenará al Centro de Memoria Histórica, empleador actual del señor Víctor Andrés Olarte Arcos, que garantice el goce de la licencia parental compartida del accionante Olarte y que le permita disfrutar el derecho prestacional solicitado, sin que ello tenga consecuencias adversas en el empleo en cual está actualmente.

1. Es importante aclarar que para el momento en el cual solicitó la prestación su empleador era el MinSalud y, conforme a lo expuesto, esta entidad debía reconocer la licencia, por lo que vulneró los derechos fundamentales del accionante. Sin embargo, desde el 10 de enero de 2023 el actor ocupa el cargo de Profesional Especializado Código 2028, Grado 23, en la Oficina Asesora Jurídica del Centro Nacional de Memoria Histórica. Por lo anterior, corresponde a esta última entidad garantizar el disfrute de la licencia en el tiempo que sea reconocida por la EPS Compensar, por ser la empleadora actual del accionante.

1. Cuarto, la Corte instará al Departamento Administrativo de la Función Pública para que expida la reglamentación de la que trata el inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 de acuerdo con las consideraciones aquí esbozadas. Le recordará además que los términos para hacerlo, establecidos en la ley, se han sobrepasado, y que dicha omisión perjudica el ejercicio de derechos ciudadanos, lo cual podría acarrear consecuencias de diverso orden¹⁰⁹.

1. Quinto, se advertirá al MinSalud que es su deber acatar la Constitución y la ley y que no debe negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con fundamento en requisitos no previstos por la Ley 2114 de 2021.

Síntesis de la decisión

1. La señora Angie Dayana Camacho Nieves y el señor Víctor Andrés Olarte Arcos presentaron acción de tutela en contra de Compensar EPS por considerar vulnerados sus derechos fundamentales “al debido proceso; a la salud; a la igualdad de derechos y oportunidades entre el hombre y la mujer; y al cuidado del menor recién nacido”¹¹⁰. Manifestaron que la EPS negó de manera arbitraria el reconocimiento de la licencia de paternidad compartida contemplada en la Ley 2114 de 2021.

1. En sentencia de única instancia del 6 de septiembre de 2022 el Juzgado 38 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá negó el amparo. Sostuvo que no se vulneraron los derechos de los accionantes pues (i) no existe reglamentación por parte del MinSalud sobre el reconocimiento de la licencia parental compartida; (ii) la EPS ofreció alternativas que no afectan el mínimo vital de los accionantes y (iii) la decisión sobre los tratamientos y las citas a realizar corresponde ordenarlas a los médicos tratantes y no al juez constitucional.

1. La Corte se planteó los siguientes problemas jurídicos:

¿La EPS Compensar y el Ministerio de Salud y Protección Social afectaron los derechos fundamentales al interés superior del menor de edad y al debido proceso, así como al deber de cuidado del niño, al negar a los accionantes el reconocimiento de la licencia parental compartida, bajo el argumento de que la figura aún no ha sido objeto de reglamentación y al exigirles aportar el certificado médico del que trata la Ley 2114 de 2021, el cual no les fue entregado?

¿El Ministerio de Salud y Protección Social desconoce el derecho a la igualdad del señor Víctor Andrés Olarte al negar el reconocimiento de la licencia parental compartida, bajo el argumento de que aquella no aplica a los empleados públicos, de conformidad con los conceptos proferidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública?

1. Para resolver los interrogantes planteados se estudió: (i) el régimen de licencias de maternidad y paternidad, especialmente frente a la licencia parental compartida, y los derechos fundamentales que estas desarrollan; (ii) el derecho al debido proceso y la ausencia de regulación como obstáculo para la garantía de un derecho y (iii) el derecho a la igualdad entre trabajadores del sector público y privado.

1. Al resolver el caso concreto, se evidenció que el amparo superaba los requisitos de procedencia. Frente al fondo del asunto, se encontró que se desconocieron los derechos al cuidado del menor de edad, al debido proceso y a la igualdad. Sobre los primeros dos derechos se mostró que la negativa de reconocer la licencia se había fundado (i) en la ausencia de regulación, lo que no es un argumento admisible para impedir el goce de derechos y (ii) en la exigencia de una reglamentación de la ley, lo que constituye un requisito

no contemplado en la norma y, por ende, un desconocimiento del derecho al debido proceso administrativo; así como, del principio de legalidad. Además, se constató que los accionantes cumplen con los requisitos legalmente previstos para acceder a la licencia parental compartida.

1. Sobre el derecho a la igualdad se encontró que la interpretación que realiza el MinSalud de la Ley 2114 de 2021 (fundamentada en conceptos técnicos emitidos por el Departamento Administrativo de la Función Pública), y que excluye a los empleados públicos de la licencia parental compartida, es contraria a la Constitución por cinco razones: (i) existe un claro mandato de trato igual entre trabajadores que se encuentra en la Constitución, en instrumentos de derecho internacional y en la jurisprudencia constitucional; (ii) la interpretación desconoce el contexto normativo de la disposición; (iii) el Decreto 1083 de 2015 remite a normas del CST en materia de licencias para servidores públicos; (iv) en el trámite legislativo de la Ley 2114 de 2021 se guardó silencio sobre la exclusión de los empleados públicos; y (v) la interpretación adoptada por el MinSalud desconoce los propósitos de la licencia parental compartida.

1. Por lo anterior, se adoptaron seis medidas. Primero, revocar la sentencia del 6 de septiembre de 2022 del Juzgado 38 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple de Bogotá. Segundo, ordenar a la EPS Compensar adelantar todas las gestiones necesarias para reconocer y pagar la licencia parental compartida de los accionantes. Para efectos de determinar el salario respecto del cual se pagará la licencia deberá seguirse lo establecido en el numeral 4 del inciso 2 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021. Tercero, ordenar al Centro Nacional de Memoria Histórica, empleador del señor Olarte, que garantice el goce de la licencia parental compartida del accionante Olarte y que le permita disfrutar el derecho prestacional solicitado, sin que ello tenga consecuencias adversas en el empleo en cual está actualmente. Cuarto, instar al Departamento Administrativo de la Función Pública para que expida la regulación de la que trata el inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 de acuerdo con las consideraciones esbozadas en la providencia. Quinto, advertir a la EPS Compensar que se abstuviera de negar el reconocimiento de la licencia

parental compartida con fundamento en la ausencia de regulación del trámite de recobro y que no se impusieran más barreras administrativas para conceder la prestación. Sexto, advertir al MinSalud que es su deber acatar la Constitución y la ley y que no debe negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con fundamento en requisitos no previstos por la Ley 2114 de 2021.

III. DECISIÓN

1. En virtud de lo anterior, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional de Colombia

RESUELVE:

Segundo: ORDENAR a la EPS Compensar que, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de esta decisión, adelante todas las gestiones necesarias para reconocer y pagar la licencia parental compartida de los accionantes de acuerdo con el parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 y con las consideraciones de esta providencia.

Tercero: ORDENAR al Centro Nacional de Memoria Histórica, empleador del señor Víctor Andrés Olarte Arcos, que garantice el goce de la licencia parental compartida del accionante Olarte y que le permita disfrutar el derecho prestacional solicitado, sin que ello tenga consecuencias adversas en el empleo en cual está actualmente.

Cuarto: INSTAR al Departamento Administrativo de la Función Pública para que expida la regulación de la que trata el inciso 3 del parágrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021 de acuerdo con las consideraciones esbozadas en la providencia.

Quinto: ADVERTIR a la EPS Compensar que se abstenga de (a) negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con fundamento en la ausencia de regulación del trámite administrativo de recobro de la prestación y (b) imponer barreras administrativas y requisitos adicionales a los previstos por la ley.

Sexto: ADVERTIR al Ministerio de Salud y la Protección Social que es su deber acatar la Constitución y la ley y que no debe negar el reconocimiento de la licencia parental compartida con fundamento en requisitos no previstos por la Ley 2114 de 2021.

Séptimo: LÍBRESE por la Secretaría General de la Corte Constitucional la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

Comuníquese y cúmplase.

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

Magistrada

JUAN CARLOS CORTÉS GONZÁLEZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 19.

2 Los accionantes manifestaron que desde el 2014 conforman una familia.

3 Ibid. Pg. 10.

4 Ibid. Pg. 17.

5 Ibidem.

6 Ibidem. Este requisito está contenido en el numeral 3 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por la Ley 2114 de 2021.

7 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 19.

8 Como pruebas aportaron: (i) Registro civil de la hija de los accionantes. (ii) Captura de pantalla del correo electrónico en el cual se presentó la solicitud de licencia parental compartida a la EPS Compensar. (iii) Acuerdo mutuo de distribución de semanas. (iv) Respuesta de la EPS a la solicitud de licencia parental compartida. (v) Petición del señor Olarte a su empleador para reconocimiento de la licencia. (vi) Comunicación de la EPS Compensar enviada al empleador del señor Olarte.

9 El 26 de agosto de 2022, Carlos Steven Pachón Bernal, apoderado de la accionada, presentó respuesta a la acción de tutela.

10 Informó que el procedimiento de reconocimiento de licencias parentales está reglado actualmente en la Nota Externa 5215 de 2012 y la Resolución 2381 de 2021, ambas expedidas por el MinSalud, que no contemplan las licencias contempladas en la Ley 2114 de 2021.

11 Archivo Actuaciones_2_04Contestación.pdf. Pg. 3.

12 Archivo Actuaciones_2_04Contestación.pdf. Pg. 4.

13 Ibid. Pg. 8.

14 No aportó pruebas. Se allegó el poder del apoderado.

15 El 26 de agosto de 2022, Claudia Patricia Forero Ramírez, subdirectora técnica de la a Subdirección de Defensa Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, respondió la acción de tutela.

16 No se aportaron pruebas. Se allegaron la resolución de nombramiento de la subdirectora técnica y su acta de posesión.

17 El 5 de septiembre de 2022, Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, apoderado de la entidad, respondió la acción de tutela.

18 No se aportaron pruebas. Se allegaron los documentos del nombramiento del apoderado de la entidad.

19 Integrada por la Magistrada Paola Andrea Meneses y el Magistrado José Fernando Reyes.

20 Archivo 01AUTO SALA DE SELECCIÓN 01 - 2023 - 30 DE ENERO DE 2023 NOTIFICADO 13 FEB-23. Pg. 1 a 30.

21 Correos del 27 y 6 de febrero de 2023. Suscritos por ambos accionantes.

22 Archivo RespuestaarequerimientodelaCorteConstitucional.pdf. Pg. 2.

23 Ibid. Pg. 4.

24 Archivo InfoCorteConst-mensajedecompensardisponibilidadrecursos.pdf. Pg.1.

25 Correo del 30 de enero de 2023. Documento suscrito por Daniela Estefanía Lucero Jácome, apoderada de la entidad.

26 Archivo 01.REQUERIMIENOCORTECONSTITUCIONAL-REVISIÓN.pdf. Pg. 3.

27 Correos del 30 y 31 de enero de 2023. Ambos documentos suscritos por Armando López Cortés, Director Jurídico del Departamento.

28 Archivo 2023-01-30_Prueba_corte_constitucionalPDF.pdf. Pg. 4.

29 Archivo 2023-01-31_Victor_olarte.docxODF.pdf. Pg. 6.

30 Correo del 1 de marzo de 2023.

31 Archivo 202311300386681(3).pdf. Pg. 2.

32 Correo del 24 de marzo de 2023.

33 Archivo 1202342300654032_00004.pdf. Pg. 3.

34 Ibid. Pg. 4.

36 Archivo RESPUESTATUTELAT-9.001.237(1).pdf. Pg. 7.

37 Ibid. Pg. 3.

38 Ibid. Pg. 5. En este mismo sentido, manifestó que “la reglamentación de la ley en discusión no puede, de ninguna manera, contrariarla. Es decir, esta no debe apartar a los trabajadores del sector público diferentes a los trabajadores oficiales del derecho a gozar de la licencia parental compartida, considerando que este los incluyó, sin distinción alguna como empleados a los cuales les es aplicable la norma” Ibid. Pg. 6.

39 Ibidem.

40 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 19.

41 Archivo 1202342300654032_00004.pdf. Pg. 3.

42 Conceptos 000521 y 168771 de 2022.

43 La Convención de Derechos del Niño establece en su artículo 3 que “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. Al respecto, por ejemplo, la Sentencia C-543 de 2010 señaló que “el interés superior de la niñez debe orientar las políticas públicas así como las prácticas administrativas y judiciales. De este modo, entre todas las medidas que resulta factible implementar, ha de preferirse la que sea más apta para garantizar el máximo de satisfacción de los derechos de los niños, de las niñas y de los adolescentes. En otro términos, estas previsiones deben tenerse en cuenta para fijar el alcance de los derechos constitucionales fundamentales y, desde luego, también de las garantías derivadas de la licencia de maternidad”.

44 La Corte señaló que: “con fundamento en el principio del interés superior de la niñez, la

Sala considera que, pese al vacío legislativo existente, es procedente extender el beneficio de la licencia de maternidad al accionante, para garantizar el derecho de la menor de edad Amalia a recibir cuidado y amor por parte de su padre”.

45 la Corte conoció de una demanda que alegaba que la Ley 2114 de 2021 incurrió en una omisión legislativa pues “la simple consideración de que los derechos de los padres biológicos se extienden a los adoptantes es insuficiente en los casos de las parejas conformadas por personas del mismo sexo, pues no se determina qué ocurre al existir dos madres o dos padres, o al encontrarse frente a otros modelos de familias diversas”.

46 El tribunal señaló que “[e]sto responde de mejor manera a la forma en la que se concreta el deber específico de cuidado y protección a la niñez, para gestionar equitativamente el cuidado del menor adoptado”.

47 El artículo indica que “los Estados deben conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto. Durante dicho período, a las madres que trabajen se les debe conceder licencia con remuneración o con prestaciones adecuadas de seguridad social”.

48 El artículo señala: “2. A fin de impedir la discriminación contra la mujer por razones de matrimonio o maternidad y asegurar la efectividad de su derecho a trabajar, los Estados Partes tomarán medidas adecuadas para: (...) b) Implantar la licencia de maternidad con sueldo pagado o con prestaciones sociales comparables sin pérdida del empleo previo, la antigüedad o los beneficios sociales.

49 T-224 de 2021.

50 T-603 de 2006, SU -075 de 2018 y T-224 de 2021.

51 Reiterando la sentencia C-543 de 2010.

52 T-114 de 2019.

53 T-114 de 2019.

54 T-114 de 2019, reiterando la Sentencia C-633 de 2009. En un sentido similar, la Sentencia

C-174 de 2009 afirmó que esta licencia “ha sido concebid[a] para vincular efectivamente al padre con las tareas de cuidado y atención a su pequeño hijo, teniendo en cuenta, además, la necesaria y conveniente asistencia al recién nacido, y se trata de una medida de protección destinada a realizar los derechos superiores del infante, particularmente, aquellos vinculados al cuidado y amor de quien por su condición de indefensión e inmadurez física y mental, requiere la mejor atención tanto de sus padres, de la familia como también del Estado”.

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

56 Por medio del cual se expide el Decreto único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

57 Artículos 2.1.13.1 y 2.1.13.3.

58 Por el cual se sustituye el Título 3 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 780 de 2016, se reglamentan las prestaciones económicas del Sistema General de General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

59 Gaceta 741, Cámara de Representantes.

60 Sobre el deber de cuidado al menor de edad, la Corte ha considerado que este tiene su origen en el artículo 44 de la Constitución, el artículo 3.2 de la Convención de Derechos del Niño y el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia. En la providencia T-688 de 2012, indicó que los deberes de los padres tienen la finalidad “de proporcionarle a los hijos un clima favorable que le garantice un desarrollo integral que más adelante permita que sean sujetos que le contribuyan de manera positiva a la sociedad.”

61 Sentencia T-044 de 2014, siguiendo el artículo 14 del Código de Infancia y Adolescencia.

62 SU-075 de 2018.

63 SU-075 de 2018.

64 T-114 de 2019.

65 C-174 de 2009.

66 En esta oportunidad la Corte conoció de una demanda en contra de la Ley 2114 de 2021. Esta corporación señaló que el Congreso incurrió en una omisión legislativa relativa dado que la norma excluía a las parejas del mismo sexo del goce de la licencia parental compartida y flexible. Si bien el fondo del pronunciamiento no se relaciona con el caso bajo estudio, las consideraciones relacionadas con la protección a la niñez y las finalidades de la ley son relevantes para el caso concreto.

67 La Corte señaló: “El primer fundamento del proyecto de ley fue el principio de interés superior de los niños. A partir de la jurisprudencia constitucional y de lo señalado en la Convención sobre los derechos del niño, explicó que estos tienen derecho al cuidado y que las licencias de maternidad y paternidad permiten concretarlo. Sin embargo, estimó que además del sistema tradicional la incorporación de las licencias parental compartida y parental flexible posibilitaba una organización del tiempo de cuidado atendiendo los acuerdos familiares. || Otro fundamento que se tuvo en cuenta fue el de la igualdad. Así, la iniciativa buscaba eliminar la consideración de que la responsabilidad de los hijos recaía principalmente en las mujeres -madre- y afianzaba una obligación de corresponsabilidad de los padres, lo cual, además, podría disminuir los índices de desigualdad de las mujeres en el acceso y permanencia en el empleo. También se determinó adecuar la licencia de paternidad a las reglas definidas constitucionalmente, al introducir la figura del fuero parental”.

68 Ello, de conformidad con el numeral 4 del inciso 2 del párrafo 4 del artículo 2 de la Ley 2114 de 2021.

69 La norma expresa dicha restricción en los siguientes términos: “los “padres que hayan sido condenados en los últimos cinco (5) años por los delitos contemplados en el Título IV delitos contra la libertad, integridad y formaciones sexuales; los padres condenados en los últimos dos (2) años; por los delitos contemplados en el Título VI contra la familia, Capítulo Primero ‘de la violencia intrafamiliar’ y Capítulo Cuarto ‘de los delitos contra la asistencia alimentaria’ de la Ley 599 de 2000 o los padres que tengan vigente una medida de protección en su contra, de acuerdo con el artículo 16 de la Ley 1257 de 2008, o la norma que lo modifique, sustituya o adicione”.

70 T-002 de 2019. Reiterando la Sentencia T-982 de 2004.

71 T-002 de 2019. Reiterando la Sentencia C-1189 de 2005.

73 En este mismo sentido, la Sentencia T-278 de 2018 afirmó: “las entidades particulares encargadas de la prestación de los servicios del Sistema de Seguridad Social, no pueden exigirle a las beneficiarias que pretenden el reconocimiento de la prestación económica por licencia de maternidad, el cumplimiento de formalidades no previstas legalmente, porque implica imponer cargas excesivas a personas que dadas sus circunstancias, son sujetos de especial protección constitucional. En suma, la exigencia de requisitos y formalidades para acreditar el cumplimiento de los presupuestos para acceder a la licencia de maternidad, cuando los mismos no tienen un soporte previsto en la legislación nacional, conducen a una vulneración del derecho fundamental al debido proceso.”

74 Esto fue recientemente reiterado en la Sentencia C-233 de 2021.

75 C-1005 de 2008.

76 El artículo 1º establece que todos “los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos” y en el artículo 2º afirma que toda persona “tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”.

77 El artículo 24 señala que todas “las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley”.

78 C-084 de 2020 y SU-150 de 2021. En esta última se indicó que (i) como valor, “fija fines o propósitos, cuya realización es exigible a todas las autoridades públicas en el desarrollo de su labor de concreción de los textos constitucionales”; (ii) como principio, lo que conlleva que opera como un mandato de optimización que dispone un deber ser específico y (iii) como derecho, se entiende como “una facultad subjetiva que impone deberes de abstención –como la prohibición de discriminación o de tratos desiguales no justificados–, al mismo tiempo que exige obligaciones puntuales de acción, como ocurre con la consagración de tratos favorables para grupos puestos en situación de debilidad manifiesta”.

79 En la Sentencia SU-150 de 2021 se indicó que estos mandatos son: “(a) el de dar el

mismo trato a situaciones de hecho idénticas; (b) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que no tienen ningún elemento en común; (c) el de dar un trato paritario o semejante a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las primeras sean más relevantes que las segundas; y (d) el de dar un trato diferente a situaciones de hecho que presenten similitudes y diferencias, cuando las segundas sean más relevantes que las primeras”.

80 C-084 de 2020.

81 Adoptado en Colombia a través de la Ley 22 de 1967.

82 C-052 de 1995, C-055 de 1999, C-042 de 2003, C-019 de 2004, C-035 de 2005, C-660 de 2006, C-823 de 2006, C-310 de 2007, C-028 de 2019, C-171 de 2020, C-432 de 2020 y C-103 de 2021.

83 Reiterando la Sentencia C-598 de 1997.

84 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 19.

85 Archivo 1202342300654032_00004.pdf. Pg. 3.

86 T-275 de 2022. La Corte indicó que esto se estudia esto con “independencia de si el salario de la madre [o padre] es mayor al salario mínimo o si se trata de una persona de escasos recursos”.

87 T-275 de 2022.

88 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 20.

89 C-1005 de 2008.

90 Archivo Actuaciones_2_04Contestación.pdf. Pg. 3.

91 Archivo Actuaciones_2_04Contestación.pdf. Pg. 4.

92 Estas conclusiones, que se adoptaron en el marco de una función ajena a la revisión de sentencias de tutela, pueden trasladarse al control concreto de constitucionalidad para

indicar que el trámite administrativo de recobro no está relacionado con la prestación del servicio y, en ese sentido, su reglamentación no puede erigirse como un obstáculo para el reconocimiento de prestaciones.

93 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 9.

94 Ibid. Pg. 20.

95 Ibid. Pg. 10.

96 Ibid. Pg. 9.

97 Ibid. Pg. 20.

98 Ibid. Pg. 15.

99 Ibidem.

100 Ibid. Pg. 14.

101 Ibidem.

102 Ibid. Pg. 15.

103 Al respecto se precisa que si bien la Corte Constitucional ha acudido al juicio integrado de igualdad para resolver tensiones relacionadas con este derecho, en el caso concreto existen razones para no aplicarlo en esta ocasión. Primero, esta metodología no es una obligación del juez constitucional y existen casos donde se concluye un desconocimiento del derecho a la igualdad sin usarla, como es el caso de las sentencias C-171 de 2020 o T-275 de 2022. Segundo, en el presente asunto no existe un objeto de control ni una medida sobre la cual aplicar el juicio. Esto es así porque, a la fecha no se ha expedido la reglamentación de la Ley 2114 de 2021 de la que trata el inciso 3 del párrafo 4 del artículo 2. De manera que, la exclusión de los empleados públicos de la prestación solo se ha expresado en conceptos no vinculantes del Departamento Administrativo de la Función Pública y en su respuesta ante esta Corporación.

104 Gaceta 741, Cámara de Representantes.

105 La Corte acudió a este principio, por ejemplo, en las sentencias C-087 del 2000 y C-317 del 2012 así como el Auto 057 de 2010.

106 <https://www.funcionpublica.gov.co/web/sie/servidores-publicos-en-el-estado>

107 Por el cual se adiciona el Capítulo 3 al Título 12 de la Parte 2 del Libro 2 del Decreto 1083 de 2015, Reglamentario Único del Sector de Función Pública, en lo relacionado con la paridad en los empleos de nivel directivo.

108 Por ejemplo, en la Sentencia T-1078 de 2003 la decisión se profirió siete meses después del nacimiento de la hija del accionante. Del mismo modo, en la providencia T-275 de 2022 transcurrieron nueve meses entre el nacimiento de la hija del accionante y la decisión de la Corte.

109 Algunos efectos que puede tener la no regulación son (i) el desconocimiento de derechos para futuros accionantes por razones similares a las aquí estudiadas, (ii) la presentación de acciones de cumplimiento en contra de la entidad para asegurar el cumplimiento de su deber legal y (iii) las consecuencias disciplinarias derivadas del incumplimiento del deber de “[c]umplir y hacer que se cumplan los deberes contenidos en (...) las leyes” previsto en el artículo 38.1 de la Ley 1952 de 2019.

110 Archivo Procesos_1_02DEMANDA.pdf. Pg. 19.