

Sentencia T-709/03

LICENCIA DE PATERNIDAD-El incumplimiento de la obligación de estar afiliados a la misma EPS no puede ser argumento para negar reconocimiento

La obligación de que ambos cónyuges o compañeros permanentes se encuentren afiliados a la misma Entidad Promotora de Salud, se encuentra contemplada en varios decretos que reglamentan el sistema o que regulan la organización y funcionamiento de esas entidades. Sin embargo, el incumplimiento de dicha obligación, no puede, como se señaló, ser argumento constitucionalmente aceptado para negar el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues la filosofía que orienta esa licencia no es otra que la “protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos”.

Referencia: expediente T-728641

Peticionario: Héctor Eduardo Bastos Londoño

Magistrado Ponente:

Dr. ALFREDO BELTRAN SIERRA.

Bogotá, D.C., catorce (14) de agosto de dos mil tres (2003).

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados, Alfredo Beltrán Sierra, Manuel José Cepeda Espinosa y Jaime Córdoba Triviño, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

El expediente llegó a la Corte Constitucional, por remisión que se hizo en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número cinco ordenó la selección del mencionado expediente por auto de 9 de mayo de 2003.

I. ANTECEDENTES

Aduce como fundamentos fácticos los siguientes:

Que el Jefe del Departamento de Medicina de Trabajo, de la entidad accionada, por consulta efectuada en relación con los alcances del derecho a la licencia remunerada de paternidad, conferidos por la Ley 755 de 2002, le negó con anterioridad al nacimiento de su hija Juanita Bastos López, la eventual concesión de la licencia de paternidad remunerada, aduciendo para ello que su cónyuge Ana María López Solano, no se encontraba afiliada a la misma EPS. Aduce que con posterioridad al nacimiento de su hija, elevó un derecho de petición ante el Jefe de Medicina del Trabajo, Servicio Occidental de Salud (S.O.S.), solicitando la referida licencia, la cual fue negada con el mismo argumento.

Expresa que se encuentra casado con la señora Ana María López Solano, quien dio a luz a su pequeña hija. Que su cónyuge cotiza en salud a la E.P.S. Comfenalco “por lo que se presume está afiliada al Sistema General de Seguridad Social”.

Considera que como padre responsable se encuentra obligado a sujetarse a todos los requerimientos de tipo afectivo y de protección hacía su hija, razón por la cual, la negativa de la entidad accionada a concederle la licencia de paternidad, vulnera el artículo 44 de la Constitución Política, así como el 42 ibídem, que protegen los derechos fundamentales de los niños, así como el derecho que tiene el Estado y la sociedad de garantizar la protección integral a la familia.

Respuesta de la entidad demandada

La entidad accionada en respuesta a la acción de tutela impetrada en su contra, expresó que el demandante se encuentra afiliado a esa entidad desde el 2 de julio de 1997, teniendo cotizadas con el sistema 224 semanas.

En relación con el rechazo a la solicitud de licencia de paternidad presentado por el demandante, aduce que la responsabilidad de esa entidad como administrador del Sistema General de la Seguridad Social en Salud, se limita a “radicar la solicitud de licencia de paternidad y emite comprobante de rechazo de solicitud de indemnización económica para que el usuario la entregue al empleador; en ningún momento le niega el derecho a asumir los días”. Agrega que para que el usuario tenga derecho a la licencia de paternidad que contempla la Ley 755 de 2002, debe cumplir ciertos requisitos exigidos por el Decreto 806 de 1998, artículo 35, el cual consiste en que todas las personas que conforman el grupo familiar estén afiliadas a la misma EPS, requisito que no cumple el accionante, toda vez que su

cónyuge no se encuentra afiliada a esa EPS “pudiendo determinarse que al momento de la afiliación el tutelante no afilió como su beneficiaria cónyuge o compañera permanente a la Señora Ana María López Solano”.

II. FALLO DE INSTANCIA

El Juzgado Primero Civil Municipal de Guadalajara de Buga Valle, negó el amparo solicitado, argumentando para ello que según lo establecido por el Decreto 806 de 1998, cuando los cónyuges o compañeros permanentes son afiliados cotizantes en el sistema de seguridad social, “deberán estar vinculados a la misma entidad Promotora de Salud E.P.S. y los miembros del grupo familiar solo podrán inscribirse en cabeza de uno de ellos”.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la cónyuge del demandante se encuentra afiliada a Comfenalco Valle E.P.S. y el señor Héctor Eduardo Bastos a la E.P.S. Servicio Occidental de Salud S.O.S., no se da cumplimiento al requisito establecido en la ley, de pertenecer a la misma entidad promotora de salud, razón por la cual el demandante no puede beneficiarse de la licencia de paternidad.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar la decisión proferida dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991.

2. Filosofía y objetivos de la Ley 755 de 2002.

2.1. El ciudadano Héctor Eduardo Bastos Londoño, solicitó el amparo judicial de los derechos que considera le fueron conculcados por la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S.. Manifestó el accionante que solicitó ante la entidad demandada el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad prevista en la Ley 755 de 2002, la cual le fue negada bajo el argumento de que él y su cónyuge no se encontraban afiliados a la misma EPS, como lo exige el artículo 35 del Decreto 806 de 1998. Agregó que se encuentra casado con la señora Ana María López Solano y que de dicha unión nació el 9 de febrero de 2003 una niña, razón

por la cual solicitó el reconocimiento de la licencia de paternidad.

2.2. La Ley 755 de 2002, otorga al cónyuge o compañero el derecho a cuatro días de licencia remunerada de paternidad, en el evento de que solamente él se encuentre cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud, o a ocho días hábiles de licencia remunerada de paternidad, si ambos padres son cotizantes del Sistema. La finalidad buscada por el legislador al crear la licencia remunerada de paternidad, fue la de permitir a los niños al momento de su nacimiento el ejercicio de sus derechos fundamentales, especialmente el de recibir el amor y el cuidado de su padre en los primeros días de su vida. “[D]icha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional”¹. Así quedó reseñado en los antecedentes legislativos del proyecto de ley que hoy es la Ley 755 de 2002.

Señaló el legislador en su oportunidad lo siguiente:

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

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

cumplir a medias con la voluntad constituyente.

Desde una dimensión sociológica, no resulta difícil advertir que en Colombia ha existido un severo problema de paternidad responsable. En Colombia han hecho falta muchos padres y ello ha tenido un efecto muy nocivo en los procesos de socialización en nuestro país. Raíces de nuestra violencia podrían ubicarse en el tenue rol que la paternidad ha cumplido en muchos ciclos familiares”2.

Esta Corporación al pronunciarse sobre una demanda de inconstitucionalidad contra un segmento normativo de la Ley 755 de 2003, realizó un profundo análisis sobre el interés superior de menor, la garantía plena de sus derechos y el derecho fundamental de los niños al cuidado y amor, para lo cual acudió a la jurisprudencia que sobre el tema ha decantado la Corte y diversos instrumentos internacionales, a fin de establecer el verdadero significado de la paternidad, en tanto involucra la participación del padre en el cuidado y amor del hijo y sus implicaciones en el desarrollo del menor.

Siendo ello así, para los efectos de esta sentencia, resulta de suma importancia resaltar apartes de la sentencia C-273 de 2003, en la cual se dijo:

“[E]n lo que concierne a la incidencia del cuidado paterno en el desarrollo infantil, tales estudios ponen de presente que si los niños desde que nacen pueden descubrir al padre y diferenciarlo de la madre, esta conexión con aquél es importante para su desarrollo. Es así como consideran que los niños que han tenido un padre que les brinda cuidado y amor durante los primeros dieciocho o veinticuatro meses de vida son más seguros en la exploración del mundo que les rodea, y son más curiosos y menos dubitativos frente a los nuevos estímulos. También han demostrado que el alto coeficiente intelectual de los hijos está asociado al cuidado paterno permanente, así como también lo están el autocontrol, la sensibilidad moral y el desarrollo físico”

(...)

Como puede advertirse, fue la intención del legislador al crear la licencia remunerada de paternidad permitir al recién nacido el ejercicio de sus derechos fundamentales y especialmente el de recibir cuidado y amor de manera plena en la época inmediatamente posterior a su nacimiento. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo,

comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.

De ahí que la orientación dispuesta en el Ley 755 de 2002, no es otra que el derecho a la licencia remunerada de paternidad opera a favor del padre que ha decidido responsablemente acompañar a su hijo en los primeros momentos de vida, pues si lo que se busca es proteger el interés superior del niño, la licencia conlleva una responsabilidad para el padre de acompañar y cuidar al hijo, brindándole la ayuda y el apoyo necesarios en los días posteriores a su nacimiento.

Así pues, para el legislador el objetivo de este derecho consiste en que, compartiendo el padre con el hijo ése tiempo tan preciado, se atienda su interés superior, permitiéndole su formación de una manera sólida para fortalecer los vínculos paterno - filiales, pues de esta manera se garantiza su desarrollo armónico e integral y se asume de manera significativa la responsabilidad de la paternidad.

(...)

En el caso bajo análisis, se ha establecido que la licencia de paternidad regulada en el artículo 1° de la Ley 755 de 2001 (sic) fue instituida por el legislador con el propósito fundamental de satisfacer el interés superior del niño a recibir el cuidado y amor del padre en los primeros momentos de vida (art. 44 de la C.P.) y no como reconocimiento al papel que en la actualidad les corresponde asumir a los hombres enfrentados a la experiencia de la paternidad, sino fundamentalmente como un factor que se considera necesario y determinante en el desarrollo armónico e integral del menor”.

2.3. Establecida pues la filosofía y objetivo de la Ley 755 de 2002, que no es otro que garantizar el interés superior del recién nacido y brindarle plenamente la posibilidad de contar con el cuidado y amor de sus progenitores, no puede ser aceptado en sede constitucional el argumento esgrimido por la EPS accionada para negar el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad al accionante.

Indiscutiblemente el Sistema General de Seguridad Social en Salud, requiere para su pleno funcionamiento, el cumplimiento por parte de los usuarios de las disposiciones legales y reglamentarias establecidas, con el objeto de que el Sistema funcione en forma eficaz y

adecuada, a fin de garantizar los objetivos del mismo, como son los de regular el servicio público esencial de salud y “crear condiciones de acceso en toda la población al servicio en todos los niveles de atención”⁵. Pero para que el cumplimiento de esas disposiciones se haga efectivo, las EPS no pueden llegar al extremo de desconocer derechos fundamentales de los afiliados, so pretexto del incumplimiento de esas disposiciones, menos cuando están de por medio derechos constitucionales fundamentales de los niños, como en el presente caso. Para ello, es decir, para lograr el cumplimiento de los requisitos y condiciones establecidos por las normas legales y reglamentarias que rigen el Sistema de Seguridad Social en Salud, las entidades promotoras de salud, deben establecer procedimientos que les permitan controlar las irregularidades que eventualmente se puedan presentar en la afiliación y registro de los afiliados, así como en el recaudo de cotizaciones, pero en todo caso, ello no puede ser argumento válido para el desconocimiento de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema.

Téngase en cuenta que la Ley 755 de 2002, establece la obligación de financiar la licencia remunerada de paternidad en la EPS y, sólo exige que el padre haya cotizado efectivamente durante las cien semanas previas al reconocimiento de la referida licencia (art. 1°, inc. 5°), y que la paternidad se acredite con el registro civil de nacimiento de la recién nacida o del recién nacido, presentado ante la entidad promotora de salud, a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del menor, circunstancias que en el caso del demandante se encontraban plenamente satisfechas, pues, por una parte, el accionante allegó a la petición correspondiente, copia del registro civil de la menor; y, por la otra, la propia entidad demandada en el escrito de contestación a la acción de tutela instaurada en su contra, manifestó que el señor Héctor Eduardo Bastos Londoño se encontraba afiliado a esa entidad desde el 2 de julio de 1997, habiendo cotizado al Sistema 224 semanas.

2.4. Ahora bien, la obligación a cargo de las EPS de financiar la licencia remunerada de paternidad, fue objeto de control constitucional por esta Corporación⁶, la cual en sentencia C-152 de 2003⁷ expresó que “[O]bserva además la Corte que tampoco se ha logrado demostrar un trato discriminatorio en contra de las EPS. Todas las EPS están igualmente obligadas a financiar, cumplido el deber de cotización establecido por la ley en cabeza del padre, la licencia de paternidad, cuyo término es de cuatro días en caso de ser aquel el único

cotizante o de ocho días si el padre y la madre aportan directamente al sistema de salud. (...) En la regulación del régimen de licencias por el nacimiento de un menor el legislador goza de una discrecionalidad que, no siendo absoluta dada su limitación por otras normas constitucionales, sí implica un margen suficiente de configuración de la política pública con miras a establecer la estructura, la organización y el funcionamiento del sistema de seguridad social, en especial la determinación de las personas o entidades encargadas del cubrimiento de una determinada prestación”.

Con todo, no puede desconocer esta Corporación, que como lo señala la entidad accionada, el Decreto 806 de 1998, artículo 35, establece que los afiliados deberán inscribir ante la Entidad Promotora de Salud EPS, a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar. Así mismo, el artículo 39 ibídem dispone que cuando los dos cónyuges son afiliados cotizantes al sistema deberán estar vinculados a la misma Entidad Promotora de Salud EPS. Se trata entonces de la reglamentación de la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud, pues, como se sabe, el plan obligatorio de salud tiene cobertura familiar, según lo establece el artículo 163 de la Ley 100 de 1993. Es más, la obligación de que ambos cónyuges o compañeros permanentes se encuentren afiliados a la misma Entidad Promotora de Salud, se encuentra contemplada en varios decretos que reglamentan el sistema o que regulan la organización y funcionamiento de esas entidades⁸.

Sin embargo, el incumplimiento de dicha obligación, no puede, como se señaló, ser argumento constitucionalmente aceptado para negar el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues la filosofía que orienta esa licencia no es otra que la “protección de la niñez en Colombia y el desarrollo del derecho constitucional de los menores al amor y cuidado de sus dos progenitores, no solo de uno de ellos”⁹. Téngase en cuenta además, que para el reconocimiento de la licencia de paternidad no se requiere la convivencia entre la pareja de esposos o compañeros, pues, ese requisito que consagraba la norma fue declarado inconstitucional por esta Corporación, al considerarlo irrazonable “porque lejos de hacer efectivo el interés superior del niño, cuya plena efectividad se pretende garantizar con la licencia de paternidad, se opone al goce del derecho fundamental que tienen los menores a recibir el cuidado y amor de sus padres, pues aquellos niños cuyos progenitores por alguna circunstancia no conviven para la época del nacimiento quedarían privados injustificadamente de la compañía, el amor y el cuidado de sus padres en los primeros momentos de vida”¹⁰

Basta entonces, a juicio de la Sala de Revisión, que el padre que reclama la licencia remunerada de paternidad, pruebe que ha cotizado al sistema durante las cien semanas previas al reconocimiento de la misma, y que se pruebe en debida forma la paternidad, para que la EPS respectiva tenga la obligación de reconocerla.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero : REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil Municipal de Guadalajara de Buga Valle y, en su lugar, CONCEDER el amparo solicitado por el señor Héctor Eduardo Bastos Londoño.

Segundo : ORDENAR a la EPS Servicio Occidental de Salud (S.O.S.), y a la Jefatura de Medicina del Trabajo Cali de la misma E.P.S., otorgar dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, la licencia de paternidad reclamada por el ciudadano demandante, la cual tendrá todos sus efectos, es decir, el derecho al disfrute del tiempo que por ley le corresponda, en el evento en que no lo hubiere tomado.

Tercero : Prevenir a la EPS Servicio Occidental de Salud S.O.S. Buga, para que se abstenga de comportamientos como el que dio origen a esta acción, so pena de las sanciones previstas por el Decreto 2591 de 1991.

Líbrese por Secretaría, las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, cópiese, publíquese, comuníquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALFREDO BELTRAN SIERRA

Magistrado

MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA

Magistrado

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sent. C-273/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

2 Exposición de motivos al Proyecto de ley 65 de 2001 Cámara, 217 de 2002 Senado. Gaceta del Congreso No. 408 de 2001.

3 El segmento normativo acusado fue el siguiente: “[L]a licencia remunerada de paternidad sólo opera para los hijos nacidos de la cónyuge o compañera permanente. En este último caso se requerirán dos (2) años de convivencia”. Fue demandado bajo el argumento de que vulneraba el derecho a la igualdad al restringir la aplicación de la licencia remunerada de paternidad respecto de los hijos nacidos de la cónyuge o compañera permanente, discriminando a los recién nacidos que se encuentran por fuera de las condiciones establecidas en la ley. Así mismo, según el demandante el aparte acusado violaba el artículo 44 superior que consagra la prevalencia del derecho de los niños, desconociendo el derecho de los recién nacidos al cuidado y amor de sus padres. La Corte declaró la inexecutable de las expresiones “sólo”, “permanente” y “En este último evento se requerirán dos (2) años de convivencia” , al considerar que no existía justificación razonable “el no incluir como beneficiario de dicha licencia al padre que no conviva al momento del nacimiento de su hijo con la cónyuge o compañera o que haciéndolo no lleva el mínimo de dos años que exige la norma, pues es incuestionable que no mediando estos eventos el niño también tiene derecho a la cercanía y cuidados de su progenitor, pues el hecho de la convivencia entre los padres no puede ser oponible al interés superior del recién nacido a recibir el cuidado y amor por parte de su padre”. Sent. C-273/03 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

4 Negrillas fuera de texto

5 Ley 100/93, art. 152

6 La expresión “[L]a licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS”, fue objeto de demanda de inconstitucionalidad, por considerarla violatoria del artículo 13 de la Constitución Política, por establecer un trato discriminatorio respecto de las EPS, en la medida en que la licencia de maternidad se encuentra a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantías, en tanto que la licencia de paternidad debe ser asumida por las Entidades Promotoras de Salud, lo que atenta contra el equilibrio financiero de las mismas.

7 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

8 Además del Decreto 806 de 1998, está el Decreto-Ley 1485 de 1994 “Por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud”, que en su artículo 14, numeral 2°, establece la configuración familiar de la afiliación al consagrar “[L]os beneficiarios de la cobertura familiar podrán acceder a los servicios del Sistema de Seguridad Social en Salud, siempre que todos los miembros familiares, cotizantes o no, se encuentren afiliados a la misma Entidad Promotora de Salud, salvo que exista imposibilidad por razones legales o de hecho para mantener la unidad familiar o por problemas relacionados con el lugar de residencia de los integrantes”. En el mismo sentido, el Decreto 1070 de 1995, art. 2, dispone “[L]as afiliaciones y traslados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud son de cobertura familiar, por lo tanto todos los miembros que componen el grupo familiar deberán estar afiliados a una misma Entidad Promotora de Salud. Sin embargo, cuando se presenten las excepciones previstas en el Decreto 1485 de 1994, la entidad deberá efectuar convenio con otras Entidades Promotoras de Salud o Prestadoras de Servicios de Salud”. También en relación con la cobertura familiar cuando los dos cónyuges cotizan al sistema, el Decreto 47 de 2000, dispuso la vinculación a la misma entidad promotora de salud.

9 Sent. C-152/03 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

10 C-273/03 ya citada.