

NO RECONOCIMIENTO DE LICENCIA DE PATERNIDAD - Se vulneran los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad / LICENCIA DE PATERNIDAD - Reglas jurisprudenciales para acceder al reconocimiento y pago en acción de tutela / RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD - Requisitos: demostrar la calidad de padre del recién nacido y haber cotizado mínimo el número de semanas que duró la gestación

El actor pretende la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad del recién nacido, que estima vulnerados por la negativa de SALUDCOOP E.P.S. en reconocer y pagar su licencia de paternidad... este asunto se contrae a establecer si la presente acción es procedente para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad; y, en caso de que ello sea así, determinar si el actor cumple con las reglas Jurisprudenciales para acceder a tal reconocimiento y pago. Frente al primer cuestionamiento, cabe precisar, que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en mencionar que en asuntos como el sub lite, la acción de amparo resulta procedente, pues es evidente que el inicio de una acción ordinaria en aras de obtener el pago de la licencia de paternidad, resultaría ineficaz para proteger los intereses del menor, dado que por la duración de este trámite judicial los recursos económicos que derivan de dicha prestación y que se orientan a garantizar los ingresos familiares que redundan en la subsistencia y bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida, llegaría muy tarde, afectando en la generalidad de los casos las condiciones de vida del grupo familiar... Cabe resaltar que, si bien es cierto que la Superintendencia Nacional de Salud cumple funciones jurisdiccionales, también lo es que en el caso sub examine es procedente la acción de tutela por resultar el trámite expedito. Así las cosas, se presume que en el presente caso existe una vulneración de los derechos fundamentales del menor, por lo que procede la Sala a analizar, si el padre del recién nacido, cumple las exigencias establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar el amparo deprecado... En virtud de lo anterior, es claro para la Sala que en el presente asunto el actor debe demostrar su calidad de padre del recién nacido en virtud del cual solicita el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, así como haber cotizado como mínimo, el número de semanas que duró la gestación de su menor hijo... En efecto, quedó debidamente demostrado su vínculo filial como padre del recién nacido; que presentó solicitud de licencia de paternidad dentro del término correspondiente; y, que cotizó por encima del tiempo mínimo requerido que en este caso eran 40 semanas, pues lleva cotizando por un término superior a 2 años. Además, se acreditó que la acción de la referencia se presentó dentro de la oportunidad legal pertinente (7 de noviembre de 2014), cumpliéndose en efecto, con el requisito de inmediatez.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 / DECRETO 1382 DE 2000 / LEY 1468 DE 2011 - ARTICULO 1 PARAGRAFO 1

NOTA DE RELATORIA: en lo atinente a la solicitud de pago de la licencia de paternidad consultar, sentencias T-865 de 2008 y T-1050 de 2010 de la Corte Constitucional.

NOTA DE RELATORIA: esta acción de tutela se conoció por la Sala ante la necesidad de conjurar los efectos negativos del paro judicial y lograr la eficaz protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION PRIMERA

Consejera ponente: MARIA ELIZABETH GARCIA GONZALEZ

Bogotá, D.C., veintidós (22) de enero de dos mil quince (2015)

Radicación número: 11001-03-15-000-2014-03252-00(AC)

Actor: CARLOS SOTO VASQUEZ EN REPRESENTACION DE AFSG

Demandado: SALUDCOOP E.P.S

Procede la Sala a decidir la acción de tutela instaurada por el señor CARLOS SOTO VASQUEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO, en contra de SALUDCOOP E.P.S.

I.- ANTECEDENTES.

I.1.- La acción.

El señor **CARLOS SOTO VASQUEZ EN REPRESENTACIÓN DE SU HIJO**, presentó acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, presuntamente vulnerados por **SALUDCOOP E.P.S.**, al negarle el reconocimiento y pago de su licencia de paternidad, de conformidad con lo consagrado en el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011.

I.2.- Hechos.

Afirmó que desde el año 2002, se encuentra afiliado a la entidad demandada, tal como se puede evidenciar en la planilla «*PILA*» anexada; y que además, en la actualidad se encuentra laboralmente vinculado a la Empresa FORTOX S.A.

Indicó que el 10 de agosto de 2014 nació su hijo, por lo que el médico tratante le concedió una incapacidad de 12 días desde la fecha de nacimiento hasta el 21 de agosto de esa anualidad.

Explicó que el 19 de agosto del año en curso, radicó ante la demandada el documento de incapacidad junto con los demás requeridos por dicha entidad, tales como fotocopia del certificado de nacido vivo, de registro civil de nacimiento, de la historia clínica y de su cédula de ciudadanía, en aras de que **SALUDCOOP E.P.S.** le reconociera su licencia de paternidad, conforme lo establece el parágrafo 1º del artículo 1º de la Ley 1468 de 2011, que modificó en su integridad el artículo 236 del C.S.T.

Señaló que ese mismo día, la entidad demandada le manifestó su negativa en otorgarle el referido reconocimiento, de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-663/09, «*tal como se demuestra en el certificado de trámite No. 11735668.*»

Argumentó que el no pago de su licencia de paternidad le ha ocasionado una afectación a su mínimo vital.

I.3. Derechos fundamentales vulnerados.

Adujo que se le están vulnerando los derechos fundamentales de su menor hijo al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, dado que es una persona de escasos recursos, que en su condición de padre cumple con todos los requisitos para que le sea reconocida la licencia de paternidad, de la cual puede hacer uso en la misma medida que las mujeres frente a la licencia de maternidad, pues

gozan de un mismo hecho generador, por lo que su liquidación debe ser otorgada en iguales condiciones.

I.4. Pretensiones.

Solicitó que se amparen los derechos fundamentales de su hijo recién nacido al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad, los cuales se encuentran gravemente quebrantados por **SALUDCOOP E.P.S**

Pidió que se ordene a la entidad demandada, reconocer y pagarle los doce días correspondientes de la licencia de paternidad.

II. ACTUACIÓN PROCESAL.

II. 1. Admisión de la acción.

Mediante proveído de 12 de noviembre de 2014, se admitió la acción y se ordenó notificar a **SALUDCOOP E.P.S.**

II. 2. Defensa.

El Gerente Especial de Salud –Regional Cundinamarca- de SALUDCOOP E.P.S., se opuso al amparo constitucional deprecado, y en síntesis, adujo lo siguiente:

Que el presente mecanismo constitucional es improcedente para el estudio de las pretensiones del actor, en la medida en que es necesario que no existan otros medios de defensa judicial a través de los cuales se pueda solicitar o hacer las reclamaciones del caso.

Transcribió apartes de sentencias proferidas por la Corte Constitucional, mediante las cuales se detalla el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela.

Manifestó que de acuerdo con el párrafo del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, la Superintendencia Nacional de Salud adquiere una función jurisdiccional, mediante un procedimiento preferente y sumario, con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia, garantizando debidamente los derechos al debido proceso, defensa y contradicción.

Arguyó que el entonces Ministerio de Salud y de la Protección Social, en Concepto de 19 de diciembre de 2012, señaló:

«(...)

Por último debe recordarse que si surge entre el cotizante y su EPS una controversia por el reconocimiento de incapacidades, la misma debe ser dirimida por la Superintendencia Nacional de Salud, dentro de las funciones Jurisdiccionales que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 le concediera para el efecto.»

Expresó que analizada la situación del señor **CARLOS SOTO VASQUEZ**, no es pertinente el reconocimiento económico de la licencia de paternidad, por cuanto no cumple con los períodos mínimos de cotización de acuerdo con lo determinado en la sentencia C-663 de 22 de septiembre de 2009, que establece que *«La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante un período igual al período de gestación previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad»*

Aseveró que para el reconocimiento de la licencia de paternidad se debe validar la antigüedad en la cotización, la cual debe ser de 9 meses hacia atrás, contados a

partir del mes de inicio de la licencia y debe haber cotizado al menos 260 días continuos, teniendo en cuenta 30 días por período, excepto el último mes, el cual debe ser al menos de 20 días.

Efectuó las siguientes conclusiones:

- ✓ Que el único mes que se acepta mínimo 20 días cotizados es el periodo 1, según parámetros y validaciones de la Circular 012 de 2013, emitida por el Consorcio SAYP.
- ✓ Que cuando el total de los días cotizados sea igual o superior a 260, pero no cumple con el anterior párrafo, se niega la licencia, ya que no cumple con el sistema de salud, que exige que el término debe ser ininterrumpido.
- ✓ Que se confirma que al momento del evento, el usuario solo contaba con 259 días cotizados, por lo que de acuerdo con lo contemplado en el sentencia C-663 de 22 de septiembre de 2009 y la Circular 062 de 2013, debe tener, como mínimo, 260 cotizados ininterrumpidamente y en el presente caso, se verifica que hubo una interrupción de 1 día, por ende, la licencia no puede ser reconocida.

III. CONSIDERACIONES DE LA SALA:

Competencia.

De conformidad con las reglas de reparto de las acciones de tutela, previstas en el Decreto 1382 de 2000, el conocimiento de la presente acción corresponde asumirlo a los Jueces Municipales, dada la naturaleza de las entidades demandadas. No obstante, como lo ha precisado la Jurisprudencia de la Sala¹, las normas consignadas en el aludido Decreto son de reparto y no de competencia, por lo que la Sala, ante la necesidad de conjurar los efectos negativos del paro

¹ Expediente acumulado núms. 6414-6424-6447-6452-6453-6522-6523-6693-6714-7057 (18 de julio de 2002).

judicial y lograr la eficaz protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos, avocó el conocimiento de la presente acción.

Generalidades de la acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política, establece la acción de tutela para reclamar ante los jueces, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de los derechos fundamentales en los casos en que éstos resultaren vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, siempre y cuando el afectado, conforme lo establece el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que la referida acción se utilice como mecanismo transitorio, en aras de evitar un perjuicio irremediable.

Caso Concreto.

En el presente asunto, el señor **CARLOS SOTO VASQUEZ** pretende la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad de su recién nacido, que estima vulnerados por la negativa de **SALUDCOOP E.P.S.** en reconocer y pagar su licencia de paternidad.

Sin embargo, la entidad demandada, por un lado, considera que la presente acción no es procedente porque el actor cuenta con otro medio de defensa judicial para acceder al estudio de las pretensiones aquí incoadas; y, por el otro, estima que el padre del menor no cumple con las exigencias establecidas por la Corte Constitucional para proceder al reconocimiento solicitado.

En este orden de ideas, este asunto se contrae establecer si la presente acción es procedente para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad; y, en caso

de que ello sea así, determinar si el actor cumple con las reglas Jurisprudenciales para acceder a tal reconocimiento y pago.

Frente al primer cuestionamiento, cabe precisar, que la Corte Constitucional ha sido reiterativa en mencionar que en asuntos como el sub lite, la acción de amparo resulta procedente, pues es evidente que el inicio de una acción ordinaria en aras de obtener el pago de la licencia de paternidad, resultaría ineficaz para proteger los intereses del menor, dado que *«por la duración de este trámite judicial los recursos económicos que derivan de dicha prestación y que se orientan a garantizar los ingresos familiares que redundan en la subsistencia y bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida, llegaría muy tarde, afectando en la generalidad de los casos las condiciones de vida del grupo familiar.»*²

Así, pues, la Alta Corporación fue enfática en señalar que, el juez de tutela a quien se le solicita el pago de la licencia debe:

*«...partir de la presunción de vulneración de los derechos fundamentales del menor y ... **centrar su análisis en determinar la existencia del vínculo filial padre-recién nacido y establecer si cumple los requisitos legales para que se le conceda la prestación; si con esto resulta que es viable el amparo, deberá concederlo y ordenar a la entidad promotora de salud a la que se encuentra afiliado el accionante que proceda a reconocer y efectuar el pago de esa prestación.** De esta manera, se dará cumplimiento al mandato constitucional y legal que determina una especial protección a la maternidad y al menor recién nacido, así como la garantía de la subsistencia familiar y también al derecho paterno de gozar de una protección, derecho establecido para cumplir con sus deberes paternos.»*³ (Negrillas y subrayas fuera del texto).

² Sentencia T-865 de 4 de septiembre de 2008, proferida por la Corte Constitucional, actor: Carlos Alberto Naranjo Naranjo, demandado: Famisanar EPS y Magistrado Ponente doctor Marco Gerardo Monroy.

³ Sentencia referenciada en el pie de página núm. 2.

Cabe resaltar que, si bien es cierto que la Superintendencia Nacional de Salud cumple funciones jurisdiccionales, también lo es que en el caso sub examine es procedente la acción de tutela por resultar el trámite expedito.

Así las cosas, se presume que en el presente caso existe una vulneración de los derechos fundamentales del menor, por lo que procede la Sala a analizar, si el señor **CARLOS SOTO VASQUEZ**, en su condición de padre del recién nacido, cumple las exigencias establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para ordenar el amparo deprecado.

Según la sentencia T-1050 de 15 de diciembre de 2010⁴, se deben cumplir las siguientes:

**«Reglas para acceder al pago de la licencia de paternidad.
Reiteración de jurisprudencia.**

*Según lo establece el artículo 1 de la ley 755 de 2002⁵, es indispensable para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad, la **presentación del registro civil de nacimiento del niño**, a más tardar dentro de los treinta (30) días siguientes a la fecha de nacimiento, como único soporte válido y acreditar la efectiva cotización de aportes previos al reconocimiento de la mencionada licencia, que en principio fue prevista por un periodo de cien (100) semanas.*

Sin embargo, dicho término fue declarado inexecutable por esta Corporación, al considerar que resultaba inconstitucional la extensión del requisito del periodo de cotización previsto en cien semanas, lo que a juicio de la Corte, era desproporcionado e

⁴ Actor Leonardo Favio Ortega contra Coomeva E.P.S., Magistrado Ponente doctor JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB.

⁵ Artículo 1º: *el único soporte válido para el otorgamiento de licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.*

La licencia remunerada de paternidad será a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las ~~cien (100)~~ semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

innecesario desde la perspectiva constitucional. La sentencia C-663 de 2009⁶, manifestó:

*“Ciertamente, en las consideraciones arriba expuestas se concluyó que el requisito de un tiempo mínimo de cotización persigue un fin constitucionalmente “importante e imperioso, como es el equilibrio financiero del Sistema de Seguridad Social en Salud” o Que dicho requisito es idóneo y necesario para evitar “un abuso del beneficio económico que la licencia representa”, que origine “un desequilibrio financiero”. Sin embargo, la **Corte rechazó la extensión de cien (100) semanas del período exigido de cotizaciones previas, porque concluyó que esta extensión (no el requisito en sí mismo) era innecesaria y desproporcionada.***

*Así las cosas, **lo procedente es mantener en el ordenamiento, por no contradecir la Constitución, la parte de la expresión acusada que se refiere a que habrá un requisito de cotización;** pero retirar aquella otra parte que concretamente fija en cien (100) semanas la extensión temporal de dicho requisito, por resultar innecesaria y desproporcionada y, en tal virtud, inconstitucional.*

*Ahora bien, teniendo en cuenta que, en todo caso, como se acaba de decir, el requisito de un período mínimo de cotizaciones se ha juzgado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente importante e imperioso, cual es dicho equilibrio financiero, y también para evitar abusos del derecho en relación con la licencia de paternidad, pero de otro lado se ha concluido que dicho requisito no resulta estrictamente proporcionado ni tampoco necesario, **la Corte condicionará la exequibilidad de la expresión “para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad”, en el entendido que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.**” (negrilla fuera de texto)*

Esta fórmula sigue el criterio que ha tenido el mismo legislador a la hora de diseñar el requisito de un mínimo de semanas de cotización exigido para reconocer la licencia de maternidad, que es la situación fáctica más cercana a la de la licencia de paternidad, guardadas las naturales diferencias. Por lo tanto, a dicho criterio acude ahora la Corporación, a fin de mantener dentro del ordenamiento el requisito de un mínimo de cotizaciones, que ha sido hallado exequible, pero ajustándolo a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales.

⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

*Igualmente, esta Corporación ha acogido para efectos de verificar las semanas de cotización requeridas para el reconocimiento de la licencia de paternidad, lo previsto en la sentencia T-1223 de 2008⁷, en la que se establece que **debe cotizarse durante todo el periodo de gestación, la obligación de cotizar durante todo el periodo de gestación depende de la duración del mismo en cada caso concreto, sin que puedan aplicarse presunciones acerca de la gestación para efectos de exigir un mayor número de semanas de lo que efectivamente dure dicho periodo.** Es decir, que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, **la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al periodo de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.**» (Negrillas y subrayas fuera del texto).*

En virtud de lo anterior, es claro para la Sala que en el presente asunto el actor debe demostrar su calidad de padre del recién nacido en virtud del cual solicita el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, así como haber cotizado como mínimo, el número de semanas que duró la gestación de su menor hijo.

Al proceso se allegaron las siguientes pruebas documentales:

- Cédula de ciudadanía del actor, correspondiente al núm. 80.052.670.

- Certificado de aportes del señor **CARLOS SOTO VASQUEZ**, expedido en línea por la Empresa FORTOX S.A. Nit 860046201, mediante el que se observa una planilla, a través de la cual se acreditan los aportes efectuados por el actor, entre los cuales, se encuentran los efectuados a favor de la **EPS SALUDCOOP** por salud, desde el mes de marzo de 2012, en forma ininterrumpida, hasta el mes de octubre de 2014. Es decir, por un periodo de 2 años y 7 meses.

- Registro Civil de Nacimiento por medio del cual se acredita que el menor, nació vivo el 10 de agosto del año en curso; que su madre es **YINA GORDILLO PEÑA**;

⁷ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

que su padre es **CARLOS SOTO VASQUEZ**, identificado con C.C. núm. 80.052.670.

- Copia de la Epicrisis del nacimiento del citado menor, de la cual se acreditó que la gestación del menor, duró 40 semanas.
- Certificado de Afiliación del señor **CARLOS SOTO VASQUEZ**, expedido por **Jairo Enrique Lancheros –Director Nacional de Operaciones de SALUDCOOP E.P.S.**, el 28 de noviembre de 2014, por medio del cual se acreditó que el referido afiliado cotiza a dicha entidad desde el 26 de diciembre de 2002, cuya afiliación para la fecha de expedición de dicho certificado se encontraba vigente, «*al día –empleador pago al día*».

En virtud de lo anterior, es claro para la Sala que el señor **CARLOS SOTO VASQUEZ** cumple con las reglas establecidas por la Jurisprudencia de la Corte Constitucional para que **SALUDCOOP E.P.S** le reconozca y pague lo correspondiente por su licencia de paternidad.

En efecto, quedó debidamente demostrado su vínculo filial como padre del recién nacido; que presentó solicitud de licencia de paternidad dentro del término correspondiente; y, que cotizó por encima del tiempo mínimo requerido que en este caso eran 40 semanas, pues lleva cotizando por un término superior a 2 años. Además, se acreditó que la acción de la referencia se presentó dentro de la oportunidad legal pertinente (7 de noviembre de 2014), cumpliéndose en efecto, con el requisito de inmediatez.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

F A L L A:

Primero: DECLÁRASE que **SALUDCOOP E.P.S** es responsable de la vulneración de los derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad del menor.

Segundo: ORDÉNASE a **SALUDCOOP E.P.S** que si aún no lo ha efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta providencia, realice el pago total de la correspondiente licencia de paternidad al actor, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Tercero: ÍNSTASE a **SALUDCOOP E.P.S** para que, en lo sucesivo, se abstenga de ejecutar la conducta que dio lugar a la interposición de la presente acción.

Cuarto: Notifíquese a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

Quinto: De no impugnarse la decisión, dentro de los diez (10) días siguientes a su ejecutoria, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Se deja constancia de que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión del día 22 de enero de 2015.

GUILLERMO VARGAS AYALA

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ
Presidente

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO

MARCO ANTONIO VELILLA MORENO