

Sentencia T-190/16

Referencia: expediente T-5.308.164

Acción de tutela instaurada por Wilmar Yeison Herrera Jiménez contra Salud Total EPS y la Agencia de Maderas Playa Rica.

Procedencia: Juzgado 4° Civil del Circuito de Pereira.

Asunto: Reiteración de jurisprudencia sobre derecho a la licencia de paternidad.

Magistrada Ponente:
GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Bogotá, D. C., veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, Jorge Iván Palacio Palacio y la Magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente

SENTENCIA

En la revisión de la providencia de segunda instancia, dictada el 21 de septiembre de 2015 por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Pereira, y en primera instancia el 24 de julio de 2015 por el Juzgado 4° Civil Municipal de Pereira, dentro de la acción de tutela promovida por Wilmar Yeison Herrera Jiménez, contra Salud Total EPS y la Agencia de Maderas Playa Rica.

El asunto llegó a esta Corporación, en virtud de lo ordenado por los artículos 86 (inciso 2°) de la Constitución y 32 del Decreto 2591 de 1991. Mediante Auto de 25 de enero de 2016, la Sala Número Uno de Selección de Tutelas de esta Corporación lo escogió para su revisión y lo asignó a este despacho para su sustanciación.

I. ANTECEDENTES

La acción de tutela interpuesta por Wilmar Yeison Herrera Jiménez, tiene como finalidad la protección de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, puesto que las entidades accionadas se

niegan a reconocer y pagar la licencia de paternidad, a la cual aduce tener derecho.

Hechos y pretensiones en tutela

El accionante señala que sus cotizaciones al sistema de seguridad social en salud se hicieron a través de su empleadora, María Lorena Morales Salazar, a la EPS Salud Total. Dichas cotizaciones, se realizaron de manera ininterrumpida y oportuna desde el 4 de septiembre de 2014 hasta el 6 de marzo de 2015¹.

Manifiesta que durante el periodo de gestación de su hijo, los aportes se hicieron con base en el salario mínimo legal mensual vigente, lo que le permite ser beneficiario del Acuerdo 414 de 2009, el cual establece las medidas para el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas del sistema de seguridad social en salud relacionadas con las licencias de maternidad.

Por último, expone que su hijo nació el 29 de abril de 2015 y que por tanto, procedió a solicitar el reconocimiento y pago de su licencia de paternidad. No obstante, la EPS accionada le indicó que no era posible, ya que “[a]l revisar los registros en nuestra base de datos, encontramos que no cuenta [el actor] con las semanas de cotización necesarias para la autorización de la licencia de paternidad. Las semanas de cotización deben ser iguales o mayores al tiempo de gestación del recién nacido”².

Así pues, el señor Herrera Jiménez solicita que se protejan sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, y en consecuencia, se ordene a la EPS Salud Total a reconocer y pagar su licencia de paternidad desde el 29 de abril hasta el 11 de mayo de 2015³.

II. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado 4º Civil Municipal de Pereira, mediante auto del 13 de julio de 2015, admitió la acción de tutela, ordenó correr traslado a la EPS accionada para que se pronunciara en relación con los hechos y pretensiones de la acción de tutela, ordenó tener como pruebas los documentos aportados al trámite de tutela y vinculó a la Agencia de Maderas Playa Rica.

2.1. CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

¹ Folio 11 a 19, cuaderno 1. Certificados de los recaudos integrados de seguridad social y parafiscales expedidos por la Federación Nacional de Cajas de Compensación Familiar (FEDECAJAS).

² Folio 8, cuaderno 1. Formato de negación de servicios de salud y/o medicamentos expedido por la EPS Salud Total el 21 de mayo de 2015.

³ Folio 7, cuaderno 1. Certificado de incapacidad generado por la IPS “Clínica los Rosales” el 21 de mayo de 2015, dentro del cual se constata que la misma se genera por una licencia que va desde el 29 de abril de 2015 al 11 de mayo de 2015 (8 días).

Salud Total E.P.S S.A

Luisa Victoria Polanco Cano, administradora suplente de la sucursal de Pereira de Salud Total EPS S.A, adujo que la acción de tutela no es el mecanismo procedente, ya que en virtud del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, el accionante podía acudir ante la Superintendencia Nacional en Salud para que a través de un proceso breve, especial y sumario, se reconocieran las pretensiones incoadas.

Por otro lado, indicó que no era posible acceder al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, puesto que el actor no había cotizado de manera completa e ininterrumpida las semanas requeridas al Sistema General de Seguridad Social, como lo señala el Decreto 047 de 2000 y la circular 062 de 2011. Al respecto, mencionó que *“el usuario requiere la misma cantidad de meses que la gestación al momento del parto, es decir, para el caso la usuaria presente 39 semanas de gestación por lo cual requiere 273 días cotizados de manera continua por 30 días y el usuario solo tiene cotizados 243 días (...)”*⁴. Bajo ese entendido, era el empleador quien debía asumir el pago de la licencia de paternidad, toda vez que no se habían hecho los pagos al sistema de seguridad social en salud de manera continua e ininterrumpida.

Finalmente, precisó que las pretensiones incoadas tienen un componente económico, por lo que no deben ser reconocidas a través de la acción de tutela, máxime si se tiene en cuenta que no existe una vulneración al derecho fundamental al mínimo vital, pues el empleador se encuentra pagando al actor un salario que le permite al actor vivir dignamente.

Agencia de Maderas Playa Rica

María Lorena Morales Salazar, indicó que la Agencia de Maderas Playa Rica ha hecho los aportes de manera ininterrumpida y oportuna al sistema de seguridad social en salud en favor del accionante.

Sostuvo que la empresa que representa, ha hecho todos los trámites respectivos para que la EPS reconozca y pague la licencia de paternidad a la cual tiene derecho el señor Herrera Jiménez.

De conformidad con lo descrito, solicitó que fuera desvinculada de la presente acción de tutela, ya que ha cumplido con sus obligaciones como empleador, al realizar los aportes del accionante al sistema de seguridad en salud.

2.2. SENTENCIAS EN SEDE DE TUTELA

Sentencia de primera instancia

⁴ Folio 29, cuaderno 1. Contestación de la acción de tutela.

El Juzgado 4° Civil Municipal de Pereira, mediante sentencia del 24 de julio de 2015, concedió el amparo de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la igualdad y a la seguridad social, al considerar que se podía aplicar el precedente jurisprudencial impartido en la sentencia T-1050 de 2010, el cual establece que cuando el periodo dejado de cancelar es inferior a los 2 meses del periodo de gestación, se debe proceder al pago total de la licencia de paternidad.

Asimismo, afirmó que “(...) *el requisito de cotización durante todo el periodo de gestación de la madre, no debe tenerse como un argumento suficiente para negar el pago de la licencia, determinando que, dependiendo del número de semanas cotizadas, el pago deberá hacerse de manera total o proporcional*”⁵.

Para terminar, el *a quo* adujo que sí existía una vulneración al mínimo vital del accionante, pues además de que el actor subsiste con el salario mínimo, el pago del emolumento requerido, está dirigido a satisfacer las necesidades de su hijo recién nacido, quien es un sujeto de especial protección constitucional.

Impugnación

La EPS accionada impugnó el fallo de primera instancia, al considerar que se vulneraron los derechos fundamentales al debido proceso y a la defensa, ya que el *a quo* no reconoció la posibilidad de repetir contra el FOSYGA para obtener el pago de la licencia.

Adujo que la imposibilidad de acudir ante el FOSYGA para obtener el pago de dicho emolumento, “(...) *ocasiona un desequilibrio económico a esta entidad, ya que los recursos que ha utilizado la EPS para sufragar las condenas, ha sido tomados de dineros destinados a cubrir los servicios de los restantes afiliados*”⁶.

En este sentido, sostuvo que el pago que debe realizar el Estado a las E.P.S por los servicios asistenciales o prestaciones económicas que asuma y que se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud, son un derecho reconocido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y una necesidad para cubrir el derecho a la salud de todas las personas.

Sentencia de segunda instancia

El Juzgado 4° Civil del Circuito de Pereira, mediante sentencia del 21 de septiembre de 2015, revocó la sentencia de primera instancia, bajo el argumento de que el accionante no cumplió con uno de los requisitos fijados en la Ley 1468 de 2011 para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, el cual era el tiempo de cotización que correspondía a 40 semanas o 9 meses.

⁵ Folio 35, Cuaderno 1. Fallo de primera instancia.

⁶ Folio 40, cuaderno 1. Impugnación del fallo de primera instancia.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Competencia

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

Asunto objeto de revisión y problema jurídico

2. Wilmar Yeison Herrera, presentó acción de tutela en contra de Salud Total EPS por estimar que la falta de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad.

El actor indicó que a través de su empleador cotizó de manera oportuna e ininterrumpida los aportes legales al sistema de seguridad social en salud, y que por tanto, tiene derecho a que se le reconozca el pago del precitado emolumento.

La EPS accionada manifestó que la acción de tutela no es el mecanismo judicial procedente, dado que se busca reconocer derechos de contenido económico y se podía acudir a la Superintendencia Nacional de Salud a través de un proceso sumario y expedito para obtener el reconocimiento de dichas pretensiones. Asimismo, sostuvo que el accionante no había cotizado de manera oportuna e ininterrumpida, por lo que era el empleador quien debía proceder al reconocimiento y pago de la licencia.

La Agencia de Maderas Playa Rica, vinculada en primera instancia, manifestó que ha hecho los aportes de manera ininterrumpida y oportuna al sistema de seguridad social en salud en favor del accionante, y que por tanto, debe ser desvinculada de la acción de tutela.

3. La presente situación fáctica, exige resolver en primer lugar, si la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad.

Procedencia de la acción de tutela para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad. Reiteración de jurisprudencia

4. El artículo 86 Superior determina que de manera general, la acción de tutela procede para la protección de los derechos fundamentales de las personas, “*cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública*”, o cuando los particulares que presten un servicio público, afecten directamente el interés

colectivo o el tutelante se encuentre en situación de subordinación o indefensión frente a ellos.

En desarrollo de este precepto constitucional, el Decreto 2591 de 1991, estableció una serie de requisitos que deben ser satisfechos para que la acción constitucional sea procedente y que el juez constitucional debe valorar en cada caso concreto.

5. El artículo 6º del mencionado Decreto, determina que la acción de tutela no es procedente *“cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”*.

Lo anterior significa que la tutela sólo procederá cuando: (i) el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial; (ii) de existir otros medios judiciales éstos no sean eficaces o idóneos para la protección de los derechos fundamentales; (iii) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

6. Asimismo, el Decreto establece que la acción de tutela ha sido instituida como un instrumento judicial, preferente y sumario, para reclamar *“la protección inmediata”* de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas, y excepcionalmente de los particulares.

En virtud de ello, tanto la jurisprudencia constitucional como el decreto que regula el trámite de la acción de tutela, han señalado que una de las características esenciales de este mecanismo es la inmediatez, entendida ésta como la protección actual, inmediata y efectiva de los derechos fundamentales que se encuentren amenazados o conculcados⁷.

7. En este orden de ideas, el juez constitucional debe examinar en cada caso concreto, si la acción de tutela cumple con los requisitos de procedencia, los cuales son la subsidiariedad e inmediatez.

8. Ahora bien, frente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que en principio, dicho mecanismo constitucional es improcedente, ya que es un derecho de carácter prestacional. En este sentido, sería necesario que el tutelante acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de la misma.

⁷ T-715 de 2015. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

9. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad, el mecanismo de amparo se convierte en la acción judicial procedente para obtener su pago⁸.

De manera específica, la Corte ha indicado que la tutela es procedente para reclamar el pago de la licencia de paternidad, ya que al imponerle una carga al accionante de iniciar un proceso en la jurisdicción ordinaria en búsqueda de satisfacer dicha pretensión “(...) resultaría ineficaz para proteger los intereses del niño, puesto que por la duración de este trámite judicial los recursos económicos que derivan de dicha prestación y que se orientan a garantizar los ingresos familiares que redundan en la subsistencia y bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida, llegaría muy tarde, afectando en la generalidad de los casos las condiciones de vida del grupo familiar”⁹.

10. No obstante, el juez constitucional no podrá conceder de plano e inmediatamente el reconocimiento de este derecho, pues debe entrar a analizar si el tutelante cumple con los requisitos que la Ley 755 de 2002 “*por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María*” y la jurisprudencia constitucional han establecido para ello. Una vez reunidos dichos requisitos, se podrá conceder las pretensiones invocadas, y con ello, la protección de los derechos fundamentales del tutelante.

11. En resumen, la licencia de paternidad es un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela. Sin embargo, de manera excepcional y cuando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido se encuentren vulnerados por la falta de reconocimiento de la misma, la tutela se transforma en el mecanismo judicial procedente para ello y no sería necesario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral.

12. Bajo las consideraciones descritas, la Sala considera que la acción de tutela es el mecanismo judicial procedente para amparar los derechos del señor Wilmar Yeison Herrera Jiménez, ya que de no llegarse a reconocer el pago de la misma, se vulneraría el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido.

Como quedó expuesto en líneas anteriores, el ingreso que el padre obtenga, sí acredita los requisitos legales para el pago de la licencia de paternidad, está dirigido a la manutención y cuidado del recién nacido. En el caso *sub examine*, la Sala se percata que el señor Herrera Jiménez estuvo con su hijo

⁸ Ver entre otras: T-092 de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño; T-216 de 2010. M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; T-602 de 2010. M.P. Juan Carlos Henao Pérez; T-368 de 2015. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

⁹ T-865 de 2008 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, citada en las sentencias T-963 de 2009 M.P. María Victoria Calle Correa y T-1050 de 2010. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

desde el 29 de abril de 2015 hasta el 11 de marzo del mismo año¹⁰, lo que permite corroborar que en efecto, los recursos fueron destinados para el fin constitucional y legal que cobija la licencia de paternidad.

En refuerzo de lo anterior, es necesario destacar que el ingreso base de liquidación (IBL), quedó establecido en \$644.350.00, suma que resulta equivalente a un salario mínimo mensual legal vigente y que debe ser destinada a la manutención y cuidado del recién nacido, así como para la satisfacción de las necesidades básicas del actor. Para la Sala, el salario mínimo es un claro indicador de que son los recursos mínimos para la subsistencia del actor y su hijo, por lo que todo lo que lo constituye es necesario.

En esta medida, someter al accionante a un proceso ante la jurisdicción ordinaria laboral o ante la Superintendencia Nacional de Salud, sería desconocer la protección reforzada que merece el recién nacido y el derecho al mínimo vital del accionante. Para la Sala es claro que *“el pago de la licencia remunerada de paternidad, además de proteger los intereses superiores del menor, es una manifestación de apoyo al mantenimiento de los ingresos familiares que muy a menudo son vitales”*¹¹.

13. Comoquiera que la acción de tutela es el mecanismo procedente en el presente caso, la Sala entrará a resolver el siguiente problema jurídico:

¿La E.P.S Salud Total S.A., vulneró los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad del actor, al negar el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, con fundamento en que no se cotizó de manera ininterrumpida y completa al sistema de seguridad social en salud?

14. Para resolver dicho planteamiento, es necesario analizar los siguientes temas: (i) naturaleza y concepto de la licencia de paternidad; (ii) reglas para acceder al pago de la licencia de paternidad; y (iii) caso concreto.

Naturaleza y concepto de la licencia de paternidad. Reiteración de jurisprudencia

15. La licencia de paternidad es una manifestación del derecho al interés superior del menor de edad, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y el amor durante los primeros días de su existencia, permitiéndole, no solo la compañía permanente de la madre sino también la del padre¹². La presencia del padre durante estos primeros días de vida del recién nacido, resultan fundamentales para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo

¹⁰ Cuaderno 1. Folio 7. Certificado de incapacidad por licencia de paternidad, expedido por la IPS Clínica Los Rosales.

¹¹ T-865 de 2008. M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹² C-273 de 2003. M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

físico y emocional, y además, sirven para que se afiancen las relaciones paterno-filiales¹³.

En otras palabras, el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite *“garantizar al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”*¹⁴.

Entonces, es claro que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y al amor y que además cuente con los medios económicos para garantizar el mínimo vital del niño.

16. Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la licencia de paternidad, además *“de ser una garantía de los derechos de los niños y niñas a recibir cuidado y amor, es también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a fundar una familia, que la Constitución Política reconoce en su artículo 42”*¹⁵. Esta norma indica que *“el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia”*, de modo que existe una obligación por parte del Estado y la sociedad de propiciar las circunstancias para que los trabajadores hombres puedan conciliar el trabajo y la vida

¹³ La exposición de motivos de la Ley 755 de 2002 señaló que: *“Es abundante la bibliografía moderna en materia del imperativo de brindar a los niños tanto el afecto, la ternura, el cuidado y el amor de la madre como el afecto, la ternura, el amor y el cuidado del padre para garantizarlos a cabalidad. Uno y otro. Padre y madre. Paternidad y maternidad se convierten en una dupla inseparable para garantizar los derechos de los niños. Los niños necesitan de su padre y de su madre. De sus cuidados y sus caricias. De su atención y dedicación. Ello se hace particularmente crítico en tratándose de los primeros días de la existencia de los bebés. Necesitan a su padre y su madre. Y la madre también necesita al padre. El niño tiene el derecho preferente a que su padre lo acompañe. Y lo cuide. Y le dé amor y ternura. Y comparta con su madre los primeros días de su crianza. Por otra parte el padre también tiene el derecho a estar con su criatura recién nacida. Y acompañarla durante los primeros días. No en vano el propio constituyente definió en su artículo 43 un principio inspirador de equidad de género. Y la madre, a su turno, también tiene derecho a que el padre la acompañe en el pos-parto. Y en la guarda, cuidado y protección de su bebé.*

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

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

¹⁴ C-383 de 2012. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁵ C-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

familiar, mediante el reconocimiento de un breve período alrededor de la fecha del nacimiento de sus hijos.

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

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

18. La Ley 755 de 2002 “*Por la cual se modifica el párrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo - Ley María*”, establece en el artículo 1º, los requisitos para que se proceda el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad. Ese artículo establece 2 requisitos para que pueda ser reconocida la licencia: (i) que el padre presente el Registro Civil de Nacimiento del recién nacido ante la EPS, a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento, y (ii) que el padre hubiere cotizado efectivamente durante las cien (100) semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad.

No obstante, la Corte Constitucional a través de la **sentencia C-633 de 2009**¹⁶, declaró inexecutable la expresión “*cien (100)*”, en el entendido de que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, las EPS sólo podrán exigir la cotización de las semanas correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad, es decir que, si ha dejado de cotizar hasta diez semanas, procederá el pago completo de la licencia; pero si ha dejado de cotizar 11 o más semanas, solamente se reconocerá el pago de las semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación, lo que responde al principio de proporcionalidad entre el tiempo cotizado y el período de gestación.

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

¹⁶ M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

19. Asimismo, señaló que si para garantizar la estabilidad financiera del Sistema de Seguridad Social en Salud, el Legislador no estimó que fuera necesario exigir a los trabajadores que se ven afectados de enfermedades generales o profesionales, ningún número de semanas de cotización previo al reconocimiento de la incapacidad respectiva, y a las madres que dan a luz, como requisito para acceder a la licencia remunerada de maternidad les exige cotizar tan sólo durante el período de su embarazo, no resulta proporcionado ni indispensable que para obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad se exija el cumplimiento de un periodo de 100 semanas continuas de cotización, previas al nacimiento.

Así las cosas, dijo la Corte que la exigencia de un período mínimo de cotización de tal extensión, limita en forma desproporcionada los derechos de los recién nacidos, cuyos padres no alcanzan a cumplir el requisito, pues no podrán disfrutar del apoyo y el amor de sus progenitores en sus primeros días de vida, con lo cual, además de impedirles el goce de un derecho que ha sido catalogado como fundamental por la comunidad internacional, vulnera el derecho a la igualdad de los niños. Así mismo, se ve desproporcionadamente sacrificado el derecho que tienen los padres a estar con sus hijos recién nacidos.

20. En resumen, los requisitos consagrados en la Ley para que se reconozca el pago de la licencia de paternidad son que el padre aporte el registro civil de nacimiento dentro de los 30 días siguientes al nacimiento, y que hubiere cotizado durante todo el período o durante 7 meses de gestación, tal y como se exige en la licencia de maternidad.

Caso concreto

21. Wilmar Yeison Herrera Jiménez presentó la acción de tutela al considerar que la EPS Salud Total, vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social y a la igualdad, al no proceder a reconocer y pagar la licencia de paternidad. El actor manifestó que cotizó a través de su empleador al sistema de seguridad social en salud de manera oportuna e ininterrumpida el número de semanas requeridas para obtener el pago de dicha licencia.

No obstante, la EPS accionada indicó que la acción de tutela no era procedente para el reconocimiento de pretensión de carácter económico como es el pago de la licencia de paternidad, y que además, el accionante podía acudir a la Superintendencia Nacional en Salud para que fueran concedidas sus pretensiones. Asimismo sostuvo que, el señor Herrera Jiménez no realizó de manera ininterrumpida y completa los aportes al sistema de seguridad social en salud, de manera que debía ser su empleador, quien reconociera el pago de la licencia de paternidad.

22. Ahora bien, en el caso objeto de estudio, la Sala encuentra que el actor realizó los aportes al sistema de seguridad social en salud a través de su empleador, Agencia de Maderas Playa Rica, desde el 4 de septiembre de 2014 hasta el 6 de abril de 2015¹⁷, es decir que cotizó durante 8 meses aproximadamente. El período durante el cual el actor realizó sus aportes, fue hasta unos pocos días antes de que naciera su hijo, esto es, el 29 de abril de 2015¹⁸.

23. En principio, al accionante le hizo falta cotizar cuatro (4) semanas o un (1) mes, para completar los 9 meses que duró el embarazo y que la ley exige para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad. Sin embargo, tal y como lo ha interpretado la jurisprudencia de esta Corporación¹⁹, la licencia de paternidad al gozar del mismo hecho generador que la licencia de maternidad, su liquidación participa de las mismas condiciones señaladas para aquélla, esto es, que en caso de que se hubiera dejado de cotizar hasta 10 semanas, se procederá al pago completo de la licencia o que si ha dejado de cotizar 11 o más semanas, solamente se reconocerá el pago de las semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación.

24. En este orden de ideas, se tiene que el requisito de haber cotizado durante todo el período de gestación, no es un argumento suficiente para negar el pago de la licencia de paternidad, puesto que con dicha negativa se vulnera el derecho al mínimo vital del padre y del recién nacido, motivo por el cual, como la jurisprudencia de esta Corporación lo ha indicado, el pago de la licencia deberá hacerse de manera total cuando el padre hubiere dejado de cotizar hasta 2 meses. Lo anterior, con la finalidad de proteger los derechos fundamentales del padre y del menor de edad.

En palabras más concretas, de acuerdo con el marco constitucional aplicable, el accionante tiene el derecho al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, como quiera que solamente le hizo falta cotizar 1 mes o 4 semanas, y la jurisprudencia de esta Corporación, ha establecido que cuando le hubiere faltado al padre cotizar hasta 10 semanas o 2 meses, la EPS deberá proceder al pago total de la licencia.

25. Por otra parte, la Sala considera que se debe hacer extensiva la aplicación del artículo 207 de la Ley 100 de 1993²⁰ para la licencia de paternidad, pues guardan una estrecha relación frente a su objetivo y naturaleza, a tal punto que la jurisprudencia de esta Corporación ha aplicado los mismos presupuestos de reconocimiento para las dos licencias.

¹⁷ Cuaderno 1. Folio 11 a 14. Comprobantes de recaudos de seguridad social y parafiscales.

¹⁸ Cuaderno 1. Folio 10. Registro Civil de Nacimiento de Jeanpool Herrera Arce, hijo del accionante.

¹⁹ Ver entre otros: T-206 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, T-475 de 2009, M.P. 2009, T-049 de 2011, M.P. María Victoria Calle Correa, T-1050 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

²⁰ **ARTICULO. 207.-De las licencias por maternidad.** *Para los afiliados de que trata el literal a) del artículo 157, el régimen contributivo reconocerá y pagará a cada una de las entidades promotoras de salud, la licencia por maternidad, de conformidad con las disposiciones legales vigentes. El cumplimiento de esta obligación será financiado por el fondo de solidaridad, de su subcuenta de compensación, como una transferencia diferente a las unidades de pago por capitación, UPC*

De esta manera, la EPS Salud Total S.A., tiene el derecho de repetir ante el Fondo de Solidaridad y Garantía (FOSYGA) por el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad del señor Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

26. Así las cosas, la Sala procederá a revocar la decisión de segunda instancia, proferida el 21 de septiembre de 2015 por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Pereira, por medio de la cual se negó la protección de los derechos fundamentales del accionante. En su lugar, concederá la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

En virtud de lo anterior, le ordenará a la E.P.S Salud Total S.A a que dentro de los 3 días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda al reconocimiento y pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

Conclusión

La Sala Quinta de Revisión de Tutelas, concluye que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y su hijo, toda vez que la E.P.S Salud Total se negó a reconocer y pagar la licencia de paternidad, con fundamento en que al accionante le faltó 1 mes para completar los 9 meses que duró el período de gestación. La reiterada jurisprudencia de esta Corporación, ha establecido que se debe pagar la totalidad de la licencia de paternidad aun cuando falten 10 semanas o 2 meses de cotización al sistema de seguridad social en salud, pues ello garantiza la protección de los derechos fundamentales del padre, y sobre todo del recién nacido.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión de segunda instancia, proferida el 21 de septiembre de 2015 por el Juzgado 4° Civil del Circuito de Pereira. En su lugar, **CONCEDER** la protección de los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital de Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

SEGUNDO.- ORDENAR a la E.P.S Salud Total S.A que dentro de los 3 días siguientes a la notificación del presente fallo, proceda al reconocimiento y

pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

TERCERO.-FACULTAR a la E.P.S Salud Total S.A a recobrar ante el FOSYGA por el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad del señor Wilmar Yeison Herrera Jiménez.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

JORGE IVAN PALACIO PALACIO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General