



**JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., veintiséis (26) de julio de dos mil veintiuno (2021)

|                    |   |
|--------------------|---|
| <b>REFERENCIA:</b> | <b>ACCIÓN DE TUTELA</b>                         |
| <b>RADICADO:</b>   | <b>110014003037-2021-00574-00</b>               |
| <b>ACCIONANTE:</b> | <b>STIVEN GIRALDO LÓPEZ</b>                     |
| <b>ACCIONADA:</b>  | <b>E.P.S. SANITAS</b>                           |
| <b>ACTUACIÓN:</b>  | <b>SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA</b> |

1

De conformidad con lo preceptuado en el Decreto 2591 de 1991, y dentro del término consagrado en el artículo 86 de la Constitución Nacional, procede este Despacho a decidir sobre la acción de tutela instaurada por **STIVEN GIRALDO LÓPEZ**, y en contra de **E.P.S. SANITAS**.

**DERECHOS FUNDAMENTALES INVOCADOS:**

Se pretende la tutela de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad.

**FUNDAMENTOS FACTICOS:**

En la formulación de la acción de tutela, **STIVEN GIRALDO LÓPEZ**, señala que se encuentra afiliado a la EPS accionada y se encuentra vinculado a la empresa FORTOX S.A.

Refiere que el pasado 31 de mayo de la presente anualidad, nació su hijo por lo cual el médico tratante le concedió una incapacidad por 8 días desde el 31 de mayo de 2021 hasta el 9 de junio de 2021, por lo que procedió a reclamar la licencia de paternidad conforme al parágrafo 1º del art. 1º de la Ley 1468 de 2011, que modifico en su integridad el art. 236 del CST.

Afirma que, radico la incapacidad con todos los documentos requeridos por la EPS, sin embargo, aduce que en contestación remitida por la accionada le informo que la licencia había sido denegada por presentar una inconsistencia en el sistema.

Por lo anterior, solicita que se le tutelen los derechos fundamentales invocados y con ello, se ordene a la EPS SANITAS a efectuar el pago de la licencia de paternidad a que tiene derechos por reunir los requisitos exigidos por ley.

**ACTUACIÓN PROCESAL:**

La presente acción de tutela fue admitida el nueve (9) de julio de dos mil veintiuno (2021), disponiendo notificar a la accionada **E.P.S. SANITAS**, y se dispuso a vincular de oficio a la **ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SGSSS – ADRES**, con el objeto de que se manifestarán sobre cada uno de los hechos descritos en el libelo.



**E.P.S. SANITAS:** Señala que la EPS le ha brindado al accionante todas las prestaciones médico-asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las órdenes médicas prescritas por sus respectivos médicos tratantes. Así mismo, le ha autorizado todos los servicios que ha requerido, cumpliendo de esta manera con sus obligaciones de aseguramiento, en el marco del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

2

No obstante, en relación con la licencia de paternidad, menciona que el día 8 de junio de 2021 fue radicada en la EPS SANITAS S.A.S., la Licencia de Paternidad del señor STIVEN GIRALDO LOPEZ y el día 29 de junio de 2021, le validaron y expidieron la licencia remunerada de paternidad No. 56941457, por 10 días comprendidos entre el día 31 de mayo al 09 de junio del 2021, licencia que tramito en condición de dependiente y no fue autorizada debido a que el empleador FORTOX S.A., registra novedad de retiro el 05 de marzo de 2021 y posterior a esto registra novedad de ingreso el 21 de marzo de 2021, con un total de 15 días cotizados para el periodo de abril de 2021.

Asevera que, el motivo de la negación es por no cumplir con el requisito de ley de periodo mínimo de cotización por este motivo la Licencia de Paternidad no fue autorizada. Y recalca que para el caso que nos compete la edad gestacional al momento del parto (según los soportes radicados por el afiliado) corresponde a 259 días, la cual no es igual al periodo de cotización del afiliado al sistema general de seguridad social en salud que en este caso corresponde a 255 días cotizados. Lo anterior, de conformidad con el Artículo 2.1.13.3, del Decreto 780 de 2018 y el Art. 80 del Decreto 2353 de 2015.

Por consiguiente, pide que se declare IMPROCEDENTE la presente acción constitucional, en lo que se refiere a la EPS SANITAS S.A.S., por cuanto las actuaciones adelantadas por la Entidad se han ajustado a la normativa legal vigente, sin generar afectación alguna a los derechos fundamentales del señor GIRALDO.

**ADMINISTRADORA DE RECURSOS DEL SGSSS – ADRES:** Guardo silencio.

## CONSIDERACIONES:

### 1. De la Competencia

Es competente este Despacho Judicial, para proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en el artículo 86, en armonía con las normas contenidas en el Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema Jurídico

El accionante presentó acción de tutela en contra de la EPS SANITAS S.A.S., por estimar que la falta del pago de su licencia de paternidad vulnera sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad. Manifestó que en vigencia de su contrato laboral tuvo un hijo por lo que la EPS



SANITAS S.A.S., le reconoció licencia de paternidad desde el 31 de mayo de 2021 hasta el 9 de junio de 2021, la cual no le ha sido pagada.

**Tesis, si**

### **Marco Jurisprudencial:**

La acción de tutela ha sido instituida como un mecanismo de defensa judicial al cual pueden acudir las personas cuando consideren vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales, ya sea por la acción u omisión de una autoridad o por particulares, éstos en los precisos términos señalados en la ley. Por consiguiente, la persona que considere se le ha desconocido un derecho fundamental, puede acudir ante los jueces con el fin de obtener, a través de un procedimiento preferente y sumario, una orden destinada a que el infractor del ordenamiento constitucional actúe o se abstenga de hacerlo y así lograr el restablecimiento de sus derechos.

- **Naturaleza y concepto de la licencia de paternidad**

*“35. La licencia de paternidad se fundamenta en los artículos 42 y 44 de la Constitución. Tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional en varias oportunidades<sup>[57]</sup>, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior de los niños y niñas, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y la atención durante los primeros días de su existencia, permitiéndoles, no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre<sup>[58]</sup>.*

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

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

*En tales términos la licencia de paternidad está concebida como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención<sup>[62]</sup>. Por ello, la licencia de paternidad*



*consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y protección y que, además, cuente con los medios económicos para garantizar su mínimo vital.*

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

37. *En suma, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo<sup>[65]</sup>. Por último, configura un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.” – sentencia T-114 de 2019.*

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

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

*No obstante, la **Sentencia C-663 de 2009**<sup>[66]</sup> declaró inexecutable la expresión “cien (100)”, contenida en el inciso 5º del artículo 1º de la ley en comento, al afirmar que si bien era constitucionalmente válido que el Legislador estipulara*



*un requisito de cotización para acceder a la licencia de paternidad, aquel no podía fijarse en cien (100) semanas, pues ello tornaba la disposición estudiada innecesaria y desproporcionada y, en tal virtud, inconstitucional.*

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

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

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

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

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

*“Se colige que en el presente caso procede el reconocimiento de la licencia de paternidad, toda vez que se encontró probada la afectación al mínimo vital del accionante y su familia, y que tan sólo faltaron cuatro (4) semanas de cotización correspondientes al periodo de gestación. En ese*



orden de ideas, se considera que la licencia de paternidad al gozar de un mismo hecho generador que la licencia de maternidad, su liquidación participa de las mismas condiciones señaladas para aquélla. En observancia de lo expuesto y siguiendo los lineamientos sentados por la jurisprudencia de esta Corporación, respecto del requisito de cotización ininterrumpida por todo el periodo de gestación, esta Sala ordenará el reconocimiento del pago completo de la licencia de paternidad al actor, pues la interrupción en el pago de los aportes no superó las diez (10) semanas (...)"<sup>[69]</sup>.

6

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

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

*"ARTÍCULO 80. LICENCIA DE PATERNIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.*

*(...)"*

El contenido de la referida norma fue compilado en el artículo 2.1.13.3 del "**Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016**", de manera tal que el Decreto 2353 de 2015 fue expresamente derogado<sup>[72]</sup>.

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



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

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

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

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

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

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

45. La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las “**semanas previas**” al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número



mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexecutable por la **Sentencia C-633 de 2009** y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.

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

En tal sentido, como lo manifestó la Superintendencia de Salud en su intervención en el presente proceso de tutela, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le son propias profirió múltiples pronunciamientos<sup>[77]</sup> en los cuales sostuvo que se requería de la cotización mínima de **dos (2) semanas** al SGSSS para acceder a la licencia de paternidad. De conformidad con la mencionada entidad:

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

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

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

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



Tal entendimiento estuvo vigente en la mencionada entidad hasta que se expidió el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016, el cual determinaba la necesidad de haber cotizado de manera ininterrumpida durante todo el periodo de gestación con el fin de reconocer el pago de la licencia de paternidad e impedía la realización de pagos proporcionales cuando se hubiera cotizado por un periodo inferior al de la gestación<sup>[81]</sup>.

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

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

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

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

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

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



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

En esta medida, dado que el Plan de Beneficios<sup>[86]</sup> se refiere a un conjunto de tecnologías en salud, es claro que la licencia de paternidad no goza de la naturaleza de los servicios consagrados en dicho plan, y no puede ser excluida del mismo pues nunca ha hecho parte de él. No obstante, el acceso a ambas garantías prestacionales (tecnologías del Plan de Beneficios y prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad de origen común) está asegurado como un derecho del afiliado del SGSSS<sup>[87]</sup>.

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

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

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

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

## ANALISIS DEL CASO CONCRETO

**STIVEN GIRALDO LÓPEZ**, presentó la acción de tutela al considerar que la EPS SANITAS S.A.S., vulneró sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad, al no pagar la licencia de paternidad que



reconoció el 8 de junio de 2021. El actor manifestó que cotizó a través de su empleador al sistema de seguridad social en salud de manera oportuna el número de semanas requeridas para obtener el pago de dicha licencia.

En síntesis, durante el curso del proceso se probó que el accionante cotizó durante 8 meses y medio aproximadamente. En efecto, los periodos de cotización del accionante al SGSSS se pueden identificar así:

| Tipo Identificación | Numero Identificación | Primer Apellido | Segundo Apellido | Primer Nombre | Segundo Nombre | Ultimo Periodo Compensado | EPS/EOC       | Tipo Afiliación |
|---------------------|-----------------------|-----------------|------------------|---------------|----------------|---------------------------|---------------|-----------------|
| CC                  | 1193434770            | GIRALDO         | LOPEZ            | STIVEN        |                | 2021-06                   | E.P.S SANITAS | COTIZANTE       |

  

| EPS/EOC       | Periodos Compensados | Dias Compensados | Tipo Afiliado | Observacion*        |
|---------------|----------------------|------------------|---------------|---------------------|
| E.P.S SANITAS | 06/2021              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 05/2021              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 04/2021              | 15               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 03/2021              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 02/2021              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 01/2021              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 12/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 11/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 10/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 09/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 08/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 07/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 06/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 05/2020              | 30               | COTIZANTE     | Pago con cotización |
| E.P.S SANITAS | 04/2020              | 27               | COTIZANTE     | Pago con cotización |

Por lo tanto, se tiene que al accionante le faltó cotizar 2 semanas para completar el periodo de gestación correspondiente a las 38 semanas, que alega la EPS que se requieren para el pago de la licencia de paternidad. No obstante, se encuentra probado que el accionante realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad, pues tal y como se puede observar, efectuó el pago de los aportes correspondientes a los meses de mayo y junio de 2021 de manera ininterrumpida.

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

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



ininterrumpida, tal y como lo solicita la EPS, pues dicha norma no es coherente con el ordenamiento constitucional vigente.

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

12

Cabe aclarar que si bien el Decreto 2353 de 2015 formalmente no establece como fin la reglamentación de la Ley 1468 de 2011, su sustento normativo atiende a dicha disposición legal, pues desarrolla reglamentariamente las condiciones para acceder a la licencia de paternidad. Por lo anterior, dado que la Ley 1468 de 2011 fue derogada por la Ley 1822 de 2017, es claro que el artículo 80 del Decreto 2353 de 2015 que se refiere a la licencia de paternidad perdió su sustento jurídico normativo.

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

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

La facultad de ejercer la excepción de inconstitucionalidad puede darse de manera oficiosa o a solicitud de parte cuando: “(i) *La norma es contraria a los cánones superiores y no se ha producido un pronunciamiento sobre su constitucionalidad. (ii) La regla formalmente válida y vigente reproduce en su contenido otra que haya sido objeto de una declaratoria de inexecutable por parte de la Corte Constitucional o de nulidad por parte del Consejo de Estado, en respuesta a una acción pública de inconstitucionalidad o nulidad por inconstitucionalidad según sea el caso. O (iii) En virtud, de la especificidad de las condiciones del caso particular, la aplicación de la norma acarrea consecuencias que no estarían acordes a la luz del ordenamiento iusfundamental*”<sup>1</sup>.

En este caso, la regla formulada por el Decreto 2353 de 2015, compilado en el Decreto 780 de 2016, contraviene la jurisprudencia constitucional en la materia y vulnera los derechos a la seguridad social y al mínimo vital, al exigir la cotización de todo el periodo de gestación para el reconocimiento del pago de la licencia de paternidad y al prohibir su pago proporcional.

<sup>1</sup> Ver sentencia T-681 de 2016, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.



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

13

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

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

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

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

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



En efecto, la Ley 1822 de 2017 prescindió de la expresión “100 semanas” contenida originalmente en el inciso examinado por la Sala Plena en la Sentencia C-663 de 2009 y declarado inexecutable. Así, el Legislador no estipuló en 2017 un número de semanas mínimas requeridas como lo hizo en 2003 y tampoco plasmó su voluntad en el sentido de que dicho requisito fuera interpretado como el que adoptó la Sala Plena en 2009 por remisión a las reglas de la licencia de maternidad, aun cuando existieran otras interpretaciones más progresivas del derecho laboral en cuestión. En consecuencia, es posible concluir que la Ley 1822 de 2017 y la Ley 755 de 2002, son diferentes tanto formal como materialmente.

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

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

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

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

Como consecuencia de lo anterior, se considera que la interpretación de la norma que supone como requisito para acceder al derecho a la licencia de paternidad la cotización efectiva de por lo menos dos semanas al SGSSS es razonable de conformidad con la jurisprudencia constitucional en la materia, en la medida que garantiza la protección del SGSSS y protege en una mayor medida los derechos



fundamentales que la interpretación de la norma que sugiere la remisión a las reglas jurisprudenciales de la licencia de maternidad. Por lo tanto, en atención al principio constitucional de “*in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio*”, este Despacho determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto.

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

En efecto, se probó que la subsistencia del accionante y su núcleo familiar se ve seriamente afectada por la falta de pago de los dineros correspondientes a la licencia de paternidad, pues con dicho dinero no solo afecta su mínimo vital sino el de la pareja del accionante y su hijo.

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

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

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

En virtud de lo anterior, este operador judicial amparará los derechos fundamentales invocados por el actor y con ello, le ordenará al representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS SANITAS S.A.S. que, dentro de las 48 horas siguientes a la



notificación del presente fallo, proceda, si todavía no lo ha hecho, al pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor **STIVEN GIRALDO LÓPEZ**.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TREINTA Y SIETE CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

### FALLA

**PRIMERO: TUTELAR** derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, a la salud y a la igualdad a favor de **STIVEN GIRALDO LÓPEZ**, y en contra de **E.P.S. SANITAS**, en virtud de lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: ORDENAR** al representante legal y/o quien haga sus veces de la EPS SANITAS S.A.S. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si todavía no lo ha hecho, al pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor **STIVEN GIRALDO LÓPEZ**.

**TERCERO: NOTIFICAR** esta decisión a los interesados, por el medio más expedito posible (art. 30 Decreto 2591 de 1991).

**CUARTO:** En caso de no ser impugnada la presente decisión, envíese las presentes diligencias a la Corte Constitucional para eventual revisión, conforme a lo determinado en el inciso segundo del art. 31 del Decreto 2591 de 1991.

**QUINTO:** Una vez regrese la tutela de la H. Corte Constitucional, excluida de REVISIÓN, sin necesidad de ingresar el expediente al despacho, por secretaria ARCHIVENSE las diligencias.

**SEXTO:** Conforme a los artículos 3 y 11 del D.L. 806 del 2020, se les ADVIERTE a las partes que la presentación de memoriales deberá realizarse únicamente a través de la radicación virtual al correo electrónico [cmpl37bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:cmpl37bt@cendoj.ramajudicial.gov.co) -en formato PDF- **dentro del horario establecido, esto es, de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., y de 2:00 p.m. a 5:00 p.m., de lunes a viernes.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,**

**LUIS CARLOS RIAÑO VERA**  
Juez

**Firmado Por:**

**LUIS CARLOS RIAÑO VERA**  
**JUEZ MUNICIPAL**

**JUZGADO 037 CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C.**



Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**c844bf127100924b9a316657aef53631812e1115a7da92eb7c59a978104311b**

17

Documento generado en 26/07/2021 10:25:37 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:**  
**<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**