

## JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO

**Manizales, nueve (9) de noviembre de dos mil veinte (2020)**

PROCESO	ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE	GONZALO NOREÑA AGUDELO
ACCIONADAS	EPS SURA
RADICADO	170014003009-2020-00389-02
FALLO N°	111

Procede el Despacho a desatar el recurso de impugnación formulado por la entidad accionada contra el fallo proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Manizales, el 30 de septiembre de 2020 dentro de la acción de tutela de la referencia.

### **ANTECEDENTES**

El señor Gonzalo Noreña Agudelo a través de esta acción pidió la protección de sus derechos fundamentales y los de su hija recién nacida *“al mínimo vital, seguridad social e igualdad”* presuntamente vulnerados por la EPS SURA al no reconocer y cancelar la prestación económica correspondiente a la licencia de paternidad.

### **Decisión de Instancia**

Luego de adelantada la instrucción el juzgado del conocimiento profirió fallo tutelando y ordenado a la EPS SURA que reconociera y cancelara *“al señor Luis Gonzalo Noreña Agudelo la prestación económica derivada de la licencia de paternidad generada con ocasión al nacimiento de su hija María José Noreña Rincón, la cual deberá ser liquidada en el porcentaje dispuesto por la ley”*.

## **IMPUGNACION**

La entidad accionada impugnó el fallo apoyado en los mismos argumentos presentados en la contestación de la demanda, aduciendo como negativa para el reconocimiento y pago de la prestación solicitada que el señor LUIS GONZALO NOREÑA AGUDELO “NO REGISTRO LAS COTIZACIONES REQUERIDAS EN FORMA CONTINUA AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD PARA ADQUIRIR EL DERECHO A SU GENERACION”:

Siendo el momento procesal oportuno procede el Despacho a proferir fallo de segunda instancia, previas las siguientes

## **CONSIDERACIONES**

### **1- Procedencia**

La acción de tutela consagrada en el art. 86 de la Constitución Nacional, es un mecanismo subsidiario y residual instituido para la defensa de los Derechos Fundamentales de las personas cuando éstos resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas y excepcionalmente por los particulares.

### ***Problema jurídico.***

Corresponde en esta instancia verificar si se dan los requisitos para ordenar el reconocimiento y pago de la incapacidad correspondiente a la licencia de paternidad solicitada por el señor LUIS GONZALO NOREÑA AGUDELO y negada por la EPS SURA.

## Caso Concreto.

El accionante recurrió a esta acción constitucional al haberse negado por parte de la EPS SURA el pago de la prestación económica de licencia de paternidad.

La entidad niega su reconocimiento y pago al apoyarse en lo establecido en el decreto 2353 de 2015 art. 80, compilado por el decreto 780 de 2016 art. 2.1.13.3 cuando indica que *“no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación...”*, y que en el caso del señor Luis Gonzalo Noreña Agudelo existió interrupción en las cotizaciones correspondientes al periodo del 1º al 19 de febrero de 2020.

Actualmente la licencia de paternidad se rige por la ley 1822 de 2017 artículo 1º párrafo 2º, que establece que para el reconocimiento y pago de esta prestación *“se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las **semanas previas** al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad...”*.

La Corte Constitucional en sentencia T-114 del 14 de marzo de 2019 al revisar acción de tutela similar a la que ahora nos ocupa, expuso:

*“...57. 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.*

58. 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.

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.

59. 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 inexequibilidad 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>191</sup>.*

60. 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.** (negrillas fuera de texto)

Como se indicó, la **Sentencia C-633 de 2009** 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 esta 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.

Si bien la Ley 755 de 2002 no está vigente, es claro que las reglas jurisprudencialmente establecidas para la licencia de maternidad<sup>[92]</sup> 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<sup>[93]</sup>. 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, la Sala definirá el periodo mínimo de cotización requerido para acceder al pago de la licencia de paternidad en el caso concreto.

61. 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”*.

62. 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 que realice la Sala 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.

63. 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.

64. Por otro lado, de la lectura literal del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017 se podría interpretar válidamente que se requiere la cotización de un número plural de semanas para acceder al reconocimiento de la licencia de paternidad. En ese sentido, por oposición a (1) una semana entendida en singular se requeriría la cotización efectiva de por lo menos 2 semanas al sistema de aseguramiento en salud para acceder a la licencia de paternidad.

65. En este marco y de conformidad con la jurisprudencia constitucional, de acuerdo con el principio de "*in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio*", cuando una o varias disposiciones jurídicas aplicables a un caso admiten diversas interpretaciones razonables dentro de su contenido normativo, el operador jurídico debe escoger aquella hipótesis que brinde mayor amparo o sea más favorable al trabajador<sup>[94]</sup>. Ahora bien, para que el intérprete de la norma pueda aplicar el principio constitucional de "*in dubio pro operario*", debe tener una "*duda*" seria y objetiva entre interpretaciones de carácter razonable<sup>[95]</sup>.

66. Al respecto, se debe afirmar que la **Sentencia T-190 de 2016** fue expedida antes de que estuviera en vigencia la Ley 1822 de 2017 y acogió el periodo mínimo de cotización establecido por la **Sentencia C-663 de 2009** que se pronunció sobre la Ley 755 de 2002, actualmente derogada. Adicionalmente, la Ley 1822 de 2017 actualizó los contenidos de la mencionada ley derogada, de manera que en su texto presenta una forma similar al de la norma examinada por la Sala Plena en 2009, pero no reproduce de manera idéntica su contenido.

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<sup>[96]</sup>. En consecuencia, es posible concluir que la Ley 1822 de 2017 y la Ley 755 de 2002, son diferentes tanto formal como materialmente.

67. 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.

68. 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.

“...71. Como consecuencia de lo anterior, la Sala 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”*, la Sala determina que dicha interpretación de la norma debe prevalecer para resolver el caso concreto....”.

En este caso se tiene que la entidad para negar la prestación reclamada por el señor Luis Gonzalo Noreña Agudelo se basa en un decreto que **“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”** como lo indicó la jurisprudencia constitucional.

Entonces de acuerdo con la jurisprudencia constitucional de la que echó mano el funcionario de primera instancia y replicada en esta providencia, el término para concederse la licencia de paternidad solo

se requiere que el padre hubiera cotizado dos semanas previas a su reconocimiento. En este caso se supera dicho lapso, pues su hija nació el 10 de julio de 2020, las cotizaciones se dieron a partir del 20 de febrero de 2020, o sea, que a la fecha de nacimiento de su hija había cotizado 20 semanas.

Entonces, al cumplirse con el requisito procedía tutelar los derechos del señor Luis Gonzalo Noreña Agudelo y el de su menor hija, conclusión a la que llegó el funcionario de primera instancia, razón por la cual se confirmará el fallo impugnado.

Por lo anteriormente discurredo, el **JUZGADO SEXTO CIVIL DEL CIRCUITO DE MANIZALES, CALDAS**, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley, CONFIRMA el fallo proferido el 30 de septiembre de 2020 por el Juez Noveno Civil Municipal de la ciudad, en la ACCION DE TUTELA instaurada por el señor LUIS GONZALO NOREÑA AGUDELO en nombre propio y en representación de su hija recién nacida.

Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión

**NOTIFIQUESE Y CUMPLASE**

**GUILLERMO ZULUAGA GIRALDO**  
**JUEZ**

**Firmado Por:**

**GUILLERMO ZULUAGA GIRALDO  
JUEZ CIRCUITO  
JUZGADO 006 CIVIL DEL CIRCUITO MANIZALES**

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:

**e5faea715438810eec2096190ff0731267ddd29bbb900692a73f6029a  
d6b8f96**

Documento generado en 09/11/2020 03:13:25 p.m.

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