



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305971**

Fecha: **02-11-2023**

Bogotá D.C.

Asunto: Consulta respecto al reconocimiento y pago de licencia de paternidad de una persona que no cotizó todo el tiempo de gestación.
Radicado. 202342302219402

Respetado señor;

En atención a su consulta trasladada por competencia a esta cartera por parte del Ministerio de Trabajo, y en la cual requiere una orientación relacionada con el reconocimiento y pago de una licencia de paternidad, nos permitimos señalar lo siguiente:

ANTECEDENTES

La consulta se plantea en los siguientes términos:

“Agradezco su ayuda aclarando como es el pago por parte del empleador de las licencias de maternidad y paternidad en los casos en que el colaborador no ha cotizado todo el tiempo de gestación. Esto teniendo en cuenta que la eps no pagará las licencias completas, en el caso de las licencias de paternidad El empleador debe de dar los 14 días pero pagar el valor que reconoce la eps así no coincida el valor pagado con lo que se le pagaría realmente por 14 días de acuerdo a su salario? Se haría un aproximado de la cantidad de días que reconocería la EPS y de acuerdo a esto se le indica al colaborador cuantos días remunerados se puede tomar de los 14 días? En caso de que el colaborador quiera tomarse los 14 días pero no ha cotizado el tiempo completo, se le podría indicar que se tome los 14 días de los cuales algunos no serán remunerados?”

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico se circunscribe a orientar normativamente al peticionario sobre el pago y reconocimiento de la licencia de paternidad, en el evento en que el cotizante no realizó los aportes correspondientes durante todo el tiempo que duró la gestación.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311602305971

Fecha: 02-11-2023

FUNDAMENTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES

El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo – CST, modificado por el artículo 1 de Ley 1468 de 2011¹, el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017² y el artículo 2 de la Ley 2114 de 2021³ en cuanto a la licencia de paternidad prevé:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. Artículo modificado por el artículo 1 de la Ley 1822 de 2017.

(...)

PARÁGRAFO 2o. El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

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

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación.”
(Subrayado fuera de texto)

Asimismo, el Decreto 780 de 2016 indicó en el artículo 2.2.3.2.7 las generalidades del reconocimiento de la licencia de paternidad por parte de la EPS, así:

“Artículo 2.2.3.2.7 Licencia de paternidad. La licencia de paternidad deberá ser disfrutada durante los treinta (30) días siguientes a la fecha de nacimiento del menor o de la entrega oficial del menor que se ha adoptado.

El empleador o trabajador independiente presentará ante la entidad promotora de salud o la entidad adaptada a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento o de la entrega oficial del menor adoptado, el registro civil de nacimiento del menor o del acta en la que conste su entrega oficial entidad.

¹ Por la cual se modifican los artículos 236, 239, 57, 58 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

² Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos 236 y 239 del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones.

³ Por medio de la cual se amplía la licencia de paternidad, se crea la licencia parental compartida, la licencia parental flexible de tiempo parcial, se modifica el artículo 236 y se adiciona el artículo 241a del código sustantivo del trabajo, y se dictan otras disposiciones.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305971**

Fecha: **02-11-2023**

Para su reconocimiento y pago, 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, procediendo el reconocimiento proporcional por cotizaciones, cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

En los casos en que, durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente beneficiario de la licencia de paternidad no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora.

La licencia de paternidad será liquidada con el ingreso base de cotización declarado por el padre en el mes en que nace el menor o en que fue entregado oficialmente.

Parágrafo. Cuando la entidad promotora de salud o entidad adaptada a la que se encuentre afiliado el padre del menor no sea la misma de la madre y el periodo de cotización de este sea inferior al período de gestación, se deberá presentar ante la entidad responsable del aseguramiento, el certificado de licencia de maternidad, a efecto de realizar el cálculo proporcional de la licencia. (Subrayado fuera del texto)

Cumplidas las condiciones establecidas en las normas citadas anteriormente, se tendrá derecho al pago correspondiente a la licencia de paternidad por parte de la EPS. Ahora bien, respecto del monto sobre el cual se realiza el reconocimiento de la licencia en comento por parte de la Entidad Promotora de Salud, el artículo 2.2.3.2.9 del Decreto 780 de 2016, indica:

“ARTÍCULO 2.2.3.2.9 IBC para el reconocimiento y pago de licencias de maternidad y paternidad. El reconocimiento y pago de las licencias de maternidad y paternidad se realizará sobre el ingreso base de cotización reportado al momento de iniciar esta, entendiendo por inicio, el reportado en el día uno (1) de la licencia.

Cuando exista multiplicidad de aportantes para la fecha de inicio de la prestación, el valor a reconocer se liquidará en forma proporcional a lo aportado durante el periodo de gestación y se pagará de manera independiente a cada uno de ellos” (Subrayado fuera de texto)

Respecto de la documentación requerida para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, el artículo 2.2.3.4.1 ibidem, determina:

“Artículo 2.2.3.4.1 Documentos para el trámite de reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas. Para el reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas derivadas de incapacidad de origen común, licencia de maternidad



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305971**

Fecha: **02-11-2023**

y licencia de paternidad, el aportante deberá entregar a la entidad promotora de salud o entidad adaptada, los siguientes documentos, según sea el caso:

(...)

Licencia de paternidad:

1. Registro civil de nacimiento del menor.

2. El certificado de licencia de maternidad cuando el padre se encuentre afiliado a una EPS o entidad adaptada distinta a la de afiliación de la madre, y proceda el reconocimiento y pago proporcional.

Documentos comunes a las solicitudes de reconocimiento, liquidación y pago de las prestaciones económicas:

1. Solicitud de pago suscrita por el aportante a través del medio que establezca la entidad promotora de salud o la entidad adaptada.

2. Certificación bancaria con fecha de expedición no superior a treinta (30) días calendario, emitida por la entidad financiera, con la identificación de la cuenta, que incluya el nombre completo e identificación del titular, así como el tipo, número y estado de la cuenta. En caso de no contar con cuenta bancaria, la solicitud debe indicar el medio de pago, de acuerdo con las opciones que establezca la EPS o entidad adaptada.”

Frente a la naturaleza y finalidad de la licencia de paternidad, la Sentencia T-114 de 2019⁴ de la Corte Constitucional señaló:

“(…)

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, 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.

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

⁴ Referencia: Expediente T-7.022.081, Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado, Bogotá, D. C. catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019).



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305971**

Fecha: **02-11-2023**

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. 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. 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”.

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. 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. 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. 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. 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. (...)” (Subrayado fuera de texto)



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: 202311602305971

Fecha: 02-11-2023

RESPUESTA AL PROBLEMA JURÍDICO PLANTEADO

Previa transcripción de las inquietudes planteadas, las cuales refieren exclusivamente a la licencia de paternidad, se procederá a dar respuesta de la siguiente forma:

¿en el caso de las licencias de paternidad El empleador debe de dar los 14 días, pero pagar el valor que reconoce la eps así no coincida el valor pagado con lo que se le pagaría realmente por 14 días de acuerdo a su salario?

Para dar respuesta a sus interrogantes, es necesario tener en cuenta que el parágrafo 2 del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo refiere como premisa que: “El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad”, asimismo, indica que: “La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS y será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación”. Teniendo en cuenta lo anterior, en lo que respecta a las obligaciones del SGSSS, se tiene que la EPS realizará el pago de la licencia de paternidad, siempre y cuando se cumplan las condiciones mencionadas en el artículo 2.2.3.2.7 del Decreto 780 de 2016, norma que indica que cuando un afiliado hubiere efectuado cotizaciones por un periodo inferior al tiempo de la gestación de la madre, el reconocimiento y pago de la licencia se realizará por un valor proporcional a las semanas cotizadas.

Teniendo en cuenta que la obligación de pago de la licencia de paternidad surge de una norma de carácter laboral como lo es el Código Sustantivo del Trabajo, el cual contempla que el padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada, y que dicha remuneración será reconocida proporcionalmente a las semanas cotizadas por el padre durante el periodo de gestación de la madre, para los casos en los cuales la cotización es inferior, el padre tendrá derecho a las dos semanas establecidas en la norma, no obstante, el pago de dicha licencia deberá ser proporcional al tiempo cotizado.

Lo anterior implica entonces que la EPS a la luz de las normas que regulan el pago de la licencia de paternidad en el SGSSS, está obligada al pago proporcional de la referida licencia, y será este el monto que el empleador deberá pagar al trabajador durante las dos semanas de licencia a las que tiene derecho, dando cumplimiento al mandato establecido en el referido artículo del CST, consistente en que la licencia de paternidad debe ser remunerada con proporción a las semanas cotizadas durante el periodo de gestación de la madre.



Al contestar por favor cite estos datos:

Radicado No.: **202311602305971**

Fecha: **02-11-2023**

¿Se haría un aproximado de la cantidad de días que reconocería la EPS y de acuerdo a esto se le indica al colaborador cuantos días remunerados se puede tomar de los 14 días?

¿En caso de que el colaborador quiera tomarse los 14 días pero no ha cotizado el tiempo completo, se le podría indicar que se tome los 14 días de los cuales algunos no serán remunerados?

Teniendo en cuenta la respuesta dada a su primera pregunta, no se considera procedente dar respuesta a estas dos inquietudes, por lo tanto, se reitera que el trabajador tiene derecho a una licencia de paternidad de dos semanas remuneradas, y que a la luz de las normas que regulan el pago de la licencia de paternidad en el SGSSS, la EPS está obligada al pago proporcional de la referida licencia con relación a las semanas cotizadas durante el periodo de gestación de la madre, y será este el monto que el empleador deberá pagar al trabajador durante las dos semanas de licencia a las que tiene derecho.

En los anteriores términos, damos respuesta a la consulta formulada, no sin antes advertir que este concepto tiene los alcances determinados en el artículo 28 de la Ley 1437 de 2011, sustituido en su título II, por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015⁵ en cuanto a que *“Salvo disposición legal en contrario, los conceptos emitidos por las autoridades como respuestas a peticiones realizadas en ejercicio del derecho a formular consultas no serán de obligatorio cumplimiento o ejecución”*, constituyéndose simplemente en un criterio orientador.

Cordialmente;

⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye el Título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”