

Cartagena de Indias D.T y C, quince (15) de septiembre de dos mil veinte (2020)

I.- IDENTIFICACIÓN DEL PROCESO, RADICACIÓN Y PARTES INTERVINIENTES

ACCIÓN	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
RADICADO	13-001-33-33-005-2020-00082-01
DEMANDANTE	DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ
DEMANDADO	NUEVA EPS
TEMA	Reconocimiento y pago de la licencia de paternidad.
MAGISTRADO	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede la Sala¹ Fija de Decisión No. 002 del Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver sobre la impugnación presentada por la parte accionada, Nueva EPS, contra la sentencia de fecha trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante la cual tuteló los derechos fundamentales invocados por el señor DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ.

III. ANTECEDENTES

3.1. Pretensiones.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó la siguiente pretensión:

“RECONOCER Y PAGAR mi Licencia de Paternidad, en el término de 48 horas, puesto que se me está vulnerando los derechos a la dignidad humana, al mínimo vital.”

¹ Esta decisión se toma mediante Sala virtual en aplicación del ARTÍCULO 4. Los cuerpos colegiados de las Altas Cortes y Tribunales del país podrán hacer reuniones de trabajo y sesiones virtuales del ACUERDO PCSJA20-11521 19 de marzo de 2020 del Consejo Superior de la Judicatura.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

3.2. Hechos.

Como sustento a sus pretensiones, el actor expuso los siguientes hechos, sintetizados así:

Expuso que por ser trabajador de la empresa ATIEMPO SERVICIOS S.A.S, se encuentra afiliado al régimen contributivo en la entidad promotora de salud Nueva EPS. Refiere que, el día 08 de mayo 2020, nació su hijo JOSUE ESPINOSA ACEVEDO en la ciudad de Cartagena de Indias, por lo que, frente a dicho acontecimiento, la empresa donde labora realizó "transcripción de mi incapacidad en la entidad médica a la cual me encuentro afiliado, esto es NUEVA EPS, haciendo entrega de todos los documentos necesarios para el reconocimiento de ella(sic)."

Aduce que, el 22 de julio de 2020, la Nueva EPS, negó la solicitud elevada, bajo el argumento que, al realizar las actuaciones permitentes, observó que no se efectuaron cotizaciones durante todo el período de gestación de la madre.

Por lo anterior considera que la accionada ha vulnerado sus derechos fundamentales a la vida, dignidad humana, mínimo vital, a la protección de menores y a la seguridad social.

3.3. CONTESTACIÓN

3.3.1. Nueva EPS

La accionada Nueva EPS, en su escrito de contestación, solicita se declare improcedente la presente acción de tutela, pues, a su juicio, el afiliado no cuenta con la totalidad de requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad a través de la entidad NUEVA EPS.

Expone que, al verificar el sistema integral de la EPS, se evidencia que el actor se encuentra ACTIVO en el régimen contributivo, por lo que puede acceder a los servicios en salud, sin embargo, ante la solicitud realizada por el señor Dawis Espinosa Álvarez, la entidad no reconocerá la prestación económica, luego de realizar las validaciones pertinentes y de establecer

13-001-33-33-005-2020-00082-01

que no se efectuaron cotizaciones durante todo el período de gestación de la madre. Aclarando que “el aporte del período de cotización de noviembre de 2019 se encuentra cancelado por 27, según planillas de autorización No.848499201486A pagada el día 21/11/2019, donde se reporta una novedad de ingreso por 7 días.”

3.3.2 Atiempo Servicios S.A.S.

La empresa vinculada señala que el accionante es trabajador de la entidad, se encuentra afiliado al régimen contributivo del sistema de seguridad social a través de NUEVA EPS, y le consta el hecho del nacimiento del menor, toda vez que le fue notificado por el actor.

Agrega que, una vez el actor allegó toda la documentación pertinente, la empresa ATIEMPO SERVICIOS S.A.S procedió con la radicación de la incapacidad por licencia de paternidad del trabajador ante NUEVA EPS.

Que, el día 22 de julio de 2020 vía correo electrónico, la entidad accionada les notificó la respuesta negativa a la solicitud referida, bajo el argumento de incumplimiento de los requisitos mínimos para el reconocimiento de la prestación económica.

La empresa vinculada, asegura haber pagado mes a mes los aportes a seguridad social de sus empleados, en este caso del accionante, cumpliendo de esta forma con sus obligaciones de empleador; como sustento a su argumento adjunta las planillas a su contestación.

Por último, señala que a pesar haber dado cumplimiento con sus obligaciones atinentes al pago de los aportes a seguridad social del accionante, así como al trámite de la incapacidad por licencia de paternidad ante la Nueva EPS, esta no ha efectuado el reconocimiento y pago de la misma, pese a estar legalmente obligada.

3.4. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 13 de agosto de dos mil veinte (2020), resolvió:

13-001-33-33-005-2020-00082-01

“PRIMERO: CONCEDER la presente acción de tutela interpuesta por **DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ**, contra la **NUEVA EPS**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la NUEVA EPS- Dr. CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE en su calidad de Director de Prestaciones Económicas, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda al reconocimiento y pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor **DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ**. C.C 73.353.383, por lo expuesto. (...)”

El Juez de Primera instancia, al realizar el estudio frente a la procedencia de la presente acción, manifestó que, la Corte Constitucional ante la temática de la licencia de paternidad, la reconoce como un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela; sin embargo, de manera excepcional, 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.

Realizó un recorrido normativo frente a los requisitos exigidos para el reconocimiento y pago de la prestación económica de licencia de paternidad, señalando principalmente la Ley 755 de 2002 “Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo”, derogada por la Ley 1468 de 2011, la que, a su vez, fue derogada por la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y en la cual el legislador reiteró el deber de cotizar durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Explicó que, de acuerdo a las planillas de cada período que se encuentra en el certificado de aportes, encontró probado que el accionante cumplió el requisito legal establecido para que procediera el pago de la licencia de paternidad peticionada, que como lo ha interpretado la jurisprudencia de la Corte Constitucional, se deben realizar las 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.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

Finalmente, expuso que al negar la EPS la licencia de paternidad al actor vulnera sus derechos fundamentales y los de su familia, pues lo alegado por la entidad no es suficiente para el no reconocimiento de esta, ya que el accionante pagó debidamente por 30 días todos los períodos durante la etapa de gestación y cumplió con el requisito de haber cotizado durante las “semanas previas” señaladas en la Ley para el otorgamiento de esta licencia.

3.5. IMPUGNACIÓN.

En su escrito de impugnación la accionada Nueva EPS, por medio de memorial radicado con fecha diecinueve (19) de agosto de 2020, manifestó su inconformidad con la decisión adoptada por el Juez de primera instancia, por lo que solicitó revocar el fallo judicial y en su lugar declarar improcedente la presente acción, puesto que el usuario no cuenta con el lleno de requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad a través de la entidad.

Indica que el señor DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ, solicita el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad N° 6096288, por lo cual, realiza un análisis del caso, en el que determinó No reconocer la prestación económica, debido a las validaciones pertinentes y de establecer que no se efectuaron cotizaciones durante todo el periodo de gestación de la madre.

Presenta una reseña de afiliación del accionante, en la cual se observa lo siguiente,

“RESEÑA DE AFILIACIÓN

Empresa: SERVIATIEMPO SERVICIOS ESPECIALIZADOS

Fecha de ingreso: 23/10/2019

Fecha de retiro: Activo

Fecha de parto: 08/05/2020

Días de Gestación: 266

Días de cotización ininterrumpidos: 207.”

De lo anterior, argumenta que el aporte del período de cotización de noviembre de 2019 se encuentra cancelado por 27 días, según planillas de autorización No 848499201486A, pagada el día 21/11/2019, donde se reporta una novedad de ingreso por 7 días. Por tal razón, considera que el usuario no

13-001-33-33-005-2020-00082-01

cuenta con los requisitos establecidos por la ley para el reconocimiento de la licencia de paternidad por parte de NUEVA EPS.

3.6. ACTUACIÓN PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA.

Por auto de fecha diecinueve (19) de agosto del 2020 se concedió la impugnación interpuesta por la parte accionada, siendo asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado el 20 de agosto del 2020, para luego ser admitida por esta Magistratura el 21 de agosto de esa caléndula.

IV. -CONTROL DE LEGALIDAD.

Revisado el expediente se observa, que en el desarrollo de las etapas procesales no existen vicios procesales que acarren nulidad del proceso o impidan proferir decisión, por ello, se procede a resolver la alzada.

V.- CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. Competencia.

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en segunda instancia, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

5.2. Problema jurídico.

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver se circunscribe, en esta instancia, a determinar si:

¿El señor Dawis Enrique Espinosa Álvarez cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad por parte de la entidad Nueva EPS?

En caso de ser positiva la respuesta al anterior interrogante, se deberá determinar si la Nueva EPS ha vulnerado los derechos fundamentales

13-001-33-33-005-2020-00082-01

incoados por el actor al no reconocer y pagar la prestación económica de licencia de paternidad, y si sólo sobre dicha EPS recae la responsabilidad de reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada.

5.3. Tesis de la Sala.

En ese orden de ideas, la Sala **CONFIRMARÁ** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, toda vez que, en el caso bajo estudio, se observa la vulneración a los derechos fundamentales invocados por el actor, con ocasión al no reconocimiento de la licencia de paternidad a cargo de la EPS. Sin embargo, como quiera que el trabajador no está obligado a soportar una carga que no le corresponde frente al trámite para tal reconocimiento, el empleador deberá pagar la prestación requerida y luego repetir contra la entidad aquí accionada, en ese sentido se **MODIFICARÁ** el numeral segundo de la dicha sentencia.

5.4. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL.

Para abordar los problemas planteados la Sala estudiará los siguientes temas:
i) Generalidades de la acción de tutela; ii) Licencia de paternidad y requisitos para su reconocimiento, iii) Responsable del pago de la prestación
iv) Caso concreto.

5.4.1. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a

13-001-33-33-005-2020-00082-01

situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de **carácter residual y subsidiario**; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable. En ese sentido, el análisis de procedencia de la acción de tutela exige del juez constitucional la verificación de la inexistencia de otro medio de defensa judicial.

5.4.2. Licencia de paternidad y requisitos para su reconocimiento.

La licencia de paternidad se encuentra regulada por lo dispuesto en el párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 1822 de 2017, el cual establece:

“ARTÍCULO 1º. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:

“Artículo 236. Licencia en la época del parto e incentivos para la adecuada atención y cuidado del recién nacido. (...)

PARÁGRAFO 2º. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.”

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

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.
(Subrayas y negrillas fuera del texto)

13-001-33-33-005-2020-00082-01

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual **se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.** (Subrayas y negrillas fuera del texto)

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

Sobre el tema de la licencia de paternidad la Corte Constitucional en Sentencia T-114 de 2019², señaló su importancia así:

“(…) 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.

(…) 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.”

En esa misma sentencia, la Corte Constitucional, con relación a los requisitos legales para que a un trabajador dependiente le sea reconocida y pagada la licencia de paternidad, realizó un recuento jurisprudencial y de normas que han regulado dicho asunto:

“(…) 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

² Corte Constitucional Sentencia de catorce (14) de marzo de dos mil diecinueve (2019. Expediente T-7.022.081 – Magistrada Ponente doctora GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

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**, declaró inexecutable la expresión “cien (100)”, contenida en el inciso 5° del artículo 1° 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. (...)

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. (...)

Posteriormente, la **Ley 1468 de 2011** derogó la Ley 755 de 2002 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.

En el 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. (...)

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. (...)

13-001-33-33-005-2020-00082-01

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. (...)"

No obstante a lo anterior, con el Decreto 2353 de 2015 y el Decreto 780 de 2016, la norma fue clara en establecer que se requería de todo el periodo de gestación, sin embargo, con la Ley 1822 de 2017 se vuelve al término de las semanas previas, norma que rige actualmente.

5.4.3 Responsables del pago de la prestación de licencia de paternidad.

En lo atinente al pago de la prestación económica objeto de la presente acción constitucional, tenemos que el Decreto Ley 019 de 2012³, en su artículo 121, nos enseña:

"ARTÍCULO 121. TRÁMITE DE RECONOCIMIENTO DE INCAPACIDADES Y LICENCIAS DE MATERNIDAD Y PATERNIDAD. El trámite para el reconocimiento de incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberá ser adelantado, de manera directa, por el empleador ante las entidades promotoras de salud, EPS. En consecuencia, en ningún caso puede ser trasladado al afiliado el trámite para la obtención de dicho reconocimiento. (Subrayas fuera del texto)

Para efectos laborales, será obligación de los afiliados informar al empleador sobre la expedición de una incapacidad o licencia."

De otra parte, la Ley 1822 de 2017, en el inciso del párrafo 2º del artículo 1º, establece de manera clara que **"La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS,** para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad." (Subrayas y negrillas fuera del texto)

³ Por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

5.5. CASO CONCRETO.

5.5.1. Hechos Relevantes Probados

Procede la Sala a analizar los hechos relevantes probados en el trámite de la presente acción, así:

Parte accionante:

- Certificado de incapacidad número 0006096288 expedida por la Nueva EPS, con fecha de recepción de 04/07/2020 y fecha de expedición de 03/05/2020, a favor del señor Dawis Enrique Espinosa Álvarez, por el termino de once (11) días, señalando como fecha de inicio 03/05/2020 y fecha de terminación 13/05/2020, por la contingencia de licencia de paternidad.
- Copia de la EPICRISIS No 76249 del Centro Médico Crecer Ltda., de la señora Yeraldine Acevedo Pérez de fecha 09/05/2020, de la cual se desprende que le fue realizado el procedimiento de Cesárea Segmentaria Transperitoneal por cesárea anterior y constancia del recién nacido único vivo masculino.
- Certificado de nacido vivo No. 16039621-7 de fecha 08/05/2020, del menor hijo de la señora Yeraldine Acevedo Pérez.
- Copia de Registro Civil de Nacimiento con indicativo serial 58982837 del menor el día 08/05/2020, del cual se desprende el nombre de la madre Yeraldine Acevedo Pérez y el padre Dawis Enrique Espinosa Álvarez.
- Certificado de aportes a Seguridad Social, expedido por la empresa recaudadora APORTES EN LINEA donde se evidencian los períodos y días cotizados al Sistema de Seguridad Social del señor Dawis Enrique Espinosa Álvarez, como trabajador dependiente en la empresa Atiempo Servicios SAS en especial al sistema de salud desde el mes de septiembre de 2019 a mayo de 2020 y donde consta que en el mes noviembre solo se hicieron aportes por 27 días.
- Respuesta solicitud Rad-VO-GRC-DPE-1355044 NIT 800208660 de fecha 22 de julio de 2020, mediante la cual la Nueva EPS comunica que no reconocerá la prestación económica solicitada.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

5.6. Análisis crítico de las pruebas frente al marco normativo y jurisprudencial.

Observa esta Sala de Decisión, que la parte accionante considera vulnerados los derechos fundamentales a la “vida, dignidad humana, mínimo vital, a la protección de menores y a la seguridad social”, presuntamente menoscabados por, la Nueva EPS, como consecuencia del no reconocimiento y pago de su licencia de paternidad.

Por su parte, el empleador vinculado A tiempo Servicios S.A.S, señala que la Nueva EPS está legalmente obligada de reconocer y pagar por concepto de la licencia de paternidad, sin embargo, no lo ha hecho.

La accionada Nueva EPS determinó que no es dable el reconocimiento de la prestación económica, debido a que no se efectuaron las cotizaciones por parte del actor, durante todo el período de gestación de la madre, argumento sobre el cual funda el recurso de impugnación.

En el caso bajo estudio, se observa que el señor Dawis Espinosa cotizó como trabajador dependiente los aportes exigidos por ley ante el Sistema de Seguridad Social en salud, durante los períodos equivalentes a 30 días mensuales desde del mes de septiembre de 2019 a mayo de 2020, exceptuando el mes de noviembre de 2019 pues cotizó sobre 27 días,⁴ faltándole cotizar solo sobre tres días de dicho mes para completar el período de gestación de la madre. Sobre este hecho se fundamenta la Nueva EPS para negar el reconocimiento y pago de la mencionada prestación, pues insiste en que se requiere el pago total de los meses de gestación para poder acceder al pago de la licencia de paternidad reclamada.

La Sala, prohíba el criterio plasmado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-114/19, referente al requisito del tiempo de cotización exigido como requisito para el reconocimiento de la prestación económica de licencia de paternidad, esto es, las cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de dicha licencia; encontrándose demostrado que el empleador del actor efectuó el pago de los aportes

⁴ La Sala consultó en el operador aportes en línea desde el mes de julio de 2019 a septiembre del mismo año y se reportan cotizaciones por estos meses por 30 días.

13-001-33-33-005-2020-00082-01

correspondientes a los meses de marzo y abril de 2020 de manera ininterrumpida. Adicionalmente, viene cotizando ininterrumpidamente desde el mes de junio de 2019, es decir, 11 meses antes del nacimiento y esa cotización incompleta del mes de noviembre de 2019, debe aclararla el empleador, puesto que no hay razón para reportar un ingreso para ese mes de un trabajador vinculado a la NUEVA E.P.S , desde el año 2015⁵ y a quien esta entidad en el año 2016, le reconoció una licencia de esta misma naturaleza según documento denominado CERTIFICADO DE INCAPACIDADES, aportado con el informe presentado en primera instancia, certificado donde no hay constancia de incapacidad para el mes de noviembre de 2019, solo lo hay para el mismo mes pero del año 2018, por dos días. Así las cosas, cualquier irregularidad se debe al empleador al momento de reportar el pago y debe ser corregida por este o por el operador aportes en línea, pero no se debe tal inconsistencia al trabajador que no puede ver menoscabado su derecho a recibir el pago de la licencia por paternidad.

Ante el argumento de derecho presentado por la accionada, para el no pago de la licencia de paternidad, exactamente alegando el artículo 80 del Decreto 2353 de 2015, cabe aclarar que, si bien la norma mencionada de manera formal 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 la normatividad alegada por la Nueva EPS perdió su sustento jurídico normativo.

En consecuencia, teniendo en cuenta lo planteado anteriormente, para la Sala, la exigencia de la Nueva EPS de condicionar el pago de la licencia de paternidad a la totalidad del período de gestación de la madre, es un hecho que vulnera el derecho del tutelante a la seguridad social y al mínimo vital, debido a que se dirige en contravía a lo dispuesto por la norma actual; toda vez que, el período mínimo de cotización exigido en este caso para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad solicitada no se ajusta a los presupuestos normativos 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

⁵ Ver sistema de consulta ADRES

13-001-33-33-005-2020-00082-01

derechos de los miembros de su núcleo familiar, especialmente su hijo menor de edad.

Por lo anterior, para este Tribunal, el señor Dawis Espinosa, cumple con los requisitos para que le sea reconocida y pagada la licencia de paternidad reclamada, quedando sin piso los argumentos esgrimidos por la EPS accionada, basados en una norma carente de vigencia, causando vulneración en los derechos fundamentales implorados por el tutelante.

Ahora bien, parra la Sala es es menester determinar en cabeza de quien radica obligación de reconocimiento de la prestación pedida. Teniendo en cuenta el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018 y el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, normas transcritas en las consideraciones generales de esta providencia; para este Tribunal es claro que los obligados a realizar el pago de la licencia de paternidad reclamada por el actor son, en primer lugar, el empleador A tiempo Servicios SAS en virtud de su vínculo contractual y, en segundo término, la Nueva EPS que ha percibido los aportes en salud del afiliado.

No obstante, tal como lo establece la norma, para la obtención del reconocimiento reclamado el trabajador no debe soportar una carga que no le corresponde, porque si bien es cierto, su empleador actuó de manera diligente y garante, no puede desconocer que también es su obligación el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, toda vez que garantiza el derecho de su trabajador y el de su familia; pudiendo repetir contra la entidad aquí accionada. Así mismo, se deja claro que la Nueva EPS, debe desembolsar los dineros pagados por el empleador A tiempo Servicios SAS, tal como lo consagra la Ley 1822 de 2017.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

VI.-FALLA:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia de fecha trece (13) de agosto de dos mil veinte (2020) proferida por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, el cual quedará así:

13-001-33-33-005-2020-00082-01

“SEGUNDO: ORDENAR a la empresa ATIEMPO SERVICIOS S.A.S a que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si no lo ha hecho al pago total de la licencia de paternidad en favor del señor Dawis Enrique Espinosa Álvarez. Así mismo, **ORDENAR** a la NUEVA EPS - Dr. CESAR ALFONSO GRIMALDO DUQUE en su calidad de Director de Prestaciones Económicas, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo desembolse los dineros respectivos al pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor DAWIS ENRIQUE ESPINOSA ALVAREZ. C.C 73.353.383, a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.”

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia de primera instancia, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

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

CUARTO: REMÍTASE el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 057 de la fecha.

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VASQUEZ CONTRERAS



DIGNA MARÍA GUERRA PICÓN