**SEGURIDAD SOCIAL / PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD / SUBSIDIARIEDAD**

… la Tutela procede frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de dichos derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable… el presupuesto de subsidiariedad que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende, en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen excepciones que justifican su procedibilidad: «(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es idóneo y eficaz…; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un perjuicio irremediable…»

**PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD / INMEDIATEZ**

Sobre la inmediatez, la Corte ha indicado que “El requisito de plazo razonable en el ejercicio de la acción es fundamental para establecer el carácter apremiante de la situación amenazadora del derecho, porque un retraso excesivo e injustificado permite concluir que ni si quiera el titular de los derechos reconoce la condición de urgencia de su situación, lo cual desvirtúa la urgencia de intervención del juez constitucional y la naturaleza inmediata de la acción de tutela” … La jurisprudencia constitucional ha sido constante en indicar que “aunque no hay regla rigurosa y precisa del término para determinar la inmediatez, el juez de tutela debe analizar las circunstancias particulares de cada situación y determinar qué se entiende por plazo razonable caso a caso…

**LICENCIA DE PATERNIDAD / FINALIDAD / REQUISITOS**

… la Corte Constitucional ha reconocido que tanto la licencia de maternidad como de paternidad “se dirigen fundamentalmente a proteger a la niñez y especialmente el bienestar del recién nacido” … para ser derechoso de esta prestación económica, se deben acreditar los siguientes requisitos: 1) Acreditar la calidad de padre con el registro civil de nacimiento del menor, 2) presentar la solicitud ante la EPS al que se encuentre afiliado, dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor, 3) tener semanas cotizadas durante el periodo de gestación, 4) la licencia deber ser otorgada por mínimo 2 semanas y máximo 5 semanas, según el caso.

**REPÚBLICA DE COLOMBIA**

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**

****

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA**

**SALA DE DECISIÓN LABORAL**

**DR. GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

Magistrado Ponente

Pereira, dieciocho (18) de octubre de dos mil veintitrés (2023)

|  |  |
| --- | --- |
| Proceso: | Impugnación de Acción de Tutela |
| Radicado: | 661703105001202300356-01 |
| Accionante: | Daniel Rengifo García en nombre propio y representación de su hija menor Guadalupe Rengifo Sepúlveda |
| Accionada: | Nueva EPS S.A. |
| Tema: | Derecho a la Seguridad Social - Pago de Licencia de Paternidad |
| Decisión: | REVOCA |

**SENTENCIA No. 51**

**Aprobado por Acta No. 122 del 18 de octubre de 2023**

En la fecha y una vez cumplido el trámite de ley, se decide el recurso de impugnación interpuesto por el accionante frente al fallo de primera instancia del 04 de septiembre de 2023, proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda.

1. **ANTECEDENTES**

El señor **DANIEL RENGIFO GARCÍA** en nombre propio y representación de su hija menor **GUADALUPE RENGIFO SEPÚLVEDA**, promovió acción de tutela contra la **NUEVA EPS S.A.**, al considerar vulnerados y amenazados sus derechos fundamentales a la vida, salud y la seguridad social, consagrados en la Constitución Política.

El juzgado vinculó a la empleadora **SOLUCIÓN EMPRESARIAL UNO A S.A.S.**

El accionante justifica el amparo constitucional basado en los siguientes,

**HECHOS**

Señala que, por 14 días, esto es, desde el 11 de noviembre de 2022 y hasta el 24 de noviembre de 2022, le fue concedida la licencia de paternidad. Que el 24 de noviembre de 2022 y el 14 de diciembre de 2022, radicó la solicitud de reconocimiento a través de la página transaccional de la NUEVA EPS, pero no obtuvo una respuesta. Señaló que la entidad no le notificó la decisión de rechazar y negar el pago de la licencia de paternidad. Asegura que la NUEVA EPS vulneró sus derechos al negar el reconocimiento y pago de la prestación económica, a pesar de que recibió los aportes durante el mes de noviembre 2022.

**PRETENSIONES**

El accionante solicita se tutelen sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS S.A. que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo, proceda a realizar los trámites administrativos pertinentes y cancele la licencia de paternidad a la que tiene derecho por el nacimiento de su hija menor de edad y realizar sus aportes en salud.

**POSICIÓN DE LAS ACCIONADAS**

La accionada **NUEVA EPS S.A.** indicó que el accionante no presenta incapacidades o licencias transcritas en el sistema de información para las fechas mencionadas en el escrito de tutela. Agregó que la acción de tutela no es el medio para lograr el reconocimiento y pago de una prestación económica; por lo tanto, debe ser declarada improcedente pues la EPS no ha vulnerado ningún derecho fundamental del actor o de su hija menor. (Anexo11)

La vinculada **SOLUCIÓN EMPRESARIAL UNO A S.A.S.** en calidad de empleadora del accionante y coadyuvante en la acción, indicó que otorgó licencia de paternidad por 14 días por el nacimiento de su hija menor, debido a ello, considera que es deber de la NUEVA EPS cancelar al actor el valor de la licencia, pues en virtud del Decreto Único 780 de 2016, cumplió con los requisitos: estar afiliado como cotizante, haber cotizado durante el periodo de gestación y estar al día en el pago de las cotizaciones. (Anexo13)

**FALLO IMPUGNADO**

Mediante sentencia del 04 de septiembre, el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, declaró improcedente la acción de tutela.

Como fundamento de la decisión, indicó que el hecho vulnerador se produjo el 14/11/2022 y la presentación de la tutela fue el 23/08/2023; es decir, que transcurrieron más de 9 meses desde el vencimiento de la licencia de paternidad, sin que se evidencie la existencia de un motivo válido o justa causa que permita justificar el no ejercicio de la acción constitucional de manera oportuna. En virtud de ello, y teniendo en cuenta que el accionante no es sujeto de especial protección constitucional, no es procedente la acción de tutela presentada, dado que, no se cumple el requisito de inmediatez.

**IMPUGNACIÓN**

Inconforme con la decisión, el accionante presentó el recurso de impugnación, en el cual aclaró que no presentó la acción de tutela antes del mes de agosto de 2023 porque radicó dos veces la solicitud ante la EPS y se presentó de manera presencial en 4 ocasiones a las instalaciones de la NUEVA EPS, siendo el último día el 21 de julio hogaño. Agregó que por su nivel básico de escolaridad no era conocedor de la posibilidad de presentar acción de tutela, pero se asesoró por una persona “*conocedora* *de estos temas*” y le explicó la procedencia de la tutela. Advirtió que existe vulneración de sus derechos fundamentales y los de su hija menor de edad, en tanto que el dinero de la licencia estaba destinado para su manutención.

Manifestó que conforme al cuestionario rendido ante la juez, se puede concluir que él y su esposa tiene una capacidad económica limitada, pues deben efectuar el pago de arriendo, servicios públicos, alimentación, entre otros gastos del hogar; además, no cuenta con otro medio de defensa porque la Corte Constitucional ha dicho que este tipo de conflictos no pueden ser resueltos por la Superintendencia de Salud y un proceso ordinario laboral no es procedente por el monto de dinero que no “*alcanzaría ni para una asesoría con un abogado”* y por la demora en el trámite por la sobre carga laboral de los Despachos Judiciales.

Por último, recordó que, el dinero de la incapacidad es necesario para la manutención de su hija menor y conforme a los deberes que están descritas en la ley, las EPS no deben poner trabas a las personas para el reconocimiento y pago de las licencias, especialmente cuando de afiliados que pertenecen a los estratos 1 y 2 de este país.

Procede la Sala a decidir previas las siguientes:

1. **CONSIDERACIONES**

**Sobre la Acción de Tutela**

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la **Acción de Tutela** como un instrumento jurídico a través del cual los ciudadanos pueden acudir ante los Jueces Constitucionales a reclamar la protección directa e inmediata de los derechos fundamentales que estén siendo vulnerados, sin mayores requerimientos de índole formal y con la certeza de obtener oportuna resolución. Así pues, la Tutela procede frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de dichos derechos fundamentales, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable; de esta forma, se propende por cumplir uno de los fines esenciales del Estado Social de Derecho de garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados constitucionalmente.

Se trata entonces de una categoría constitucional de protección que consagró la Constitución de 1991, tendiente a salvaguardar los derechos fundamentales de las personas, de lesiones o amenazas de vulneración por parte de una autoridad pública y, bajo ciertos supuestos, por parte de un particular. Es un procedimiento judicial específico, autónomo, directo y sumario, que en ningún caso puede sustituir los procesos judiciales que establece la ley; en ese sentido, la Acción de Tutela es un instrumento jurídico de carácter subsidiario que no puede ser asumida como una institución procesal alternativa, supletiva, ni sustitutiva de las competencias constitucionales y legales de las autoridades públicas.

En efecto, el presupuesto de **subsidiariedad** que rige la acción de tutela debe analizarse en cada caso en concreto. Por ende en aquellos eventos en que existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional ha determinado que existen excepciones que justifican su procedibilidad: *«(i) cuando el medio de defensa judicial dispuesto por la ley para resolver las controversias no es****idóneo y******eficaz****conforme a las especiales circunstancias del caso estudiado, procede el amparo como mecanismo definitivo; y, (ii) cuando, pese a existir un medio de defensa judicial idóneo, éste no impide la ocurrencia de un****perjuicio irremediable****, caso en el cual la acción de tutela procede como****mecanismo transitorio****.»[[1]](#footnote-1)*

**Sobre el requisito de inmediatez**

Sobre la inmediatez, la Corte ha indicado que “*El requisito de plazo razonable en el ejercicio de la acción es fundamental para establecer el carácter apremiante de la situación amenazadora del derecho, porque* ***un retraso excesivo e injustificado permite concluir que ni si quiera el titular de los derechos reconoce la condición de urgencia de su situación****, lo cual desvirtúa la urgencia de intervención del juez constitucional y la naturaleza inmediata de la acción de tutela*” (Negrilla fuera de texto) (Sentencia T-032-23)

La jurisprudencia constitucional ha sido constante en indicar que *“aunque no hay regla rigurosa y precisa del término para determinar la inmediatez, el juez de tutela debe analizar las circunstancias particulares de cada situación y determinar qué se entiende por plazo razonable caso a caso. En esta medida, la Corte Constitucional ha establecido algunos criterios para este fin: (i) la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos; (ii) la eventual afectación de derechos de terceros; (iii) la estabilidad jurídica; (iv) la complejidad del conflicto; (v) el equilibrio de las cargas procesales y (vi) la existencia de circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta.”* (Sentencia T-032-23)

De igual manera, en este tipo de análisis, la Corporación ha explicado que la inmediatez admite excepciones cuando la vulneración de un derecho es continua o permanece indefinidamente en el tiempo.

**Sobre el pago de incapacidades a través de Tutela**

Para solicitar, por este medio de defensa judicial, el pago del subsidio por incapacidad, en principio debe ventilarse en un proceso ordinario y ante el juez natural. No obstante, la Corte Constitucional ha reconocido que *las incapacidades son una prestación del Sistema de Seguridad Social que tienen por virtud parar las contingencias surgidas con ocasión de afectaciones a la salud que padecen los trabajadores, dependientes o independientes, pues la suspensión temporal de la labor o actividad lucrativa que desarrolla el afectado, arriesga la posibilidad de que pueda satisfacer adecuadamente sus necesidades básicas y las de aquellas personas que están a su cargo[[2]](#footnote-2).* Entonces,cuando el medio de defensa existente no es eficaz, dada la vulneración de los derechos fundamentales, la acción de tutela se vuelve excepcional para su protección en aras de evitar el perjuicio irremediable.

Al respecto, el parágrafo 1° del art. 40 del Decreto 1406 de 1999, modificado por el artículo 1° del Decreto 2943 de 2013, dispone que el empleador debe asumir los dos primeros días de incapacidad y partir del tercer día y hasta el 180 es la EPS la encargada de pagar las incapacidades.

En lo atinente al pago de las incapacidades que persisten y superan el día 181, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente: «*En cuanto a las incapacidades de origen común que persisten y superan el día 181, esta Corporación ha sido enfática en afirmar que el pago de este subsidio corre por cuenta de la Administradora de Fondos de Pensiones a la que se encuentre afiliado el trabajador,* ***ya sea que exista concepto favorable o desfavorable de rehabilitación****.»[[3]](#footnote-3)*

En lo que corresponde al subsidio de incapacidad por enfermedad general cuando supera los 540 días, el reconocimiento y pago está a cargo de las EPS conforme el art. 67 de la Ley 1753 de 2015 y el artículo 2.2.3.3.1 del Decreto 1333 de 27 de julio de 2018.

**Sobre la licencia de paternidad**

La Ley 2114 de 2014 modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, así:

“***ARTÍCULO 236.******LICENCIA EN LA ÉPOCA DEL PARTO E INCENTIVOS PARA LA ADECUADA ATENCIÓN Y CUIDADO DEL RECIÉN NACIDO****. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo*[*2*](http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2114_2021.html#2)*de la Ley 2114 de 2021. El nuevo texto es el siguiente:*

*(…)*

*Parágrafo 2°.* ***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.***

*La licencia de paternidad se ampliará en una (1) semana adicional por cada punto porcentual de disminución de la tasa de desempleo estructural comparada con su nivel al momento de la entrada en vigencia de la presente ley, sin que en ningún caso pueda superar las cinco (5) semanas.*

*La metodología de medición de la tasa de desempleo estructural será definida de manera conjunta por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el Banco de la República y el Departamento Nacional de Planeación. La tasa de desempleo estructural será publicada en el mes de diciembre de cada año y constituirá la base para definir si se amplía o no la licencia para el año siguiente.*

*Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros se aplique lo establecido en el presente parágrafo.”* (Negrilla fuera de texto)

Sobre el tema, la Corte Constitucional ha reconocido que tanto la licencia de maternidad como de paternidad “*se dirigen fundamentalmente a proteger a la niñez y especialmente el bienestar del recién nacido*”[[4]](#footnote-4) En ese sentido, se ha establecido que la licencia de paternidad “*contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños”. Igualmente, esta constituye “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”.”* (Sentencia T-143-23)

De esta manera, la licencia de paternidad remunerada se traduce en una garantía que busca proteger los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención de ambos padres, de ahí que se reconozca la licencia como un derecho subjetivo del padre y un mecanismo que permite el cumplimiento de la responsabilidad parental.

De la norma, se desprende que, para ser derechoso de esta prestación económica, se deben acreditar los siguientes requisitos: **1)** Acreditar la calidad de padre con el registro civil de nacimiento del menor, **2)** presentar la solicitud ante la EPS al que se encuentre afiliado, dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor, **3)** tener semanas cotizadas durante el periodo de gestación, **4)** la licencia deber ser otorgada por mínimo 2 semanas y máximo 5 semanas, según el caso.

**Caso Concreto**

Descendiendo al caso bajo estudio, el señor DANIEL RENGIFO GARCÍA en nombre propio y el de su hija menor, interpuso acción de tutela al considerar que la NUEVA EPS S.A. vulneró sus derechos fundamentales, al omitir el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, radicada en el mes de noviembre de 2022.

La juez de primera instancia declaró la improcedencia de la acción argumentando que no se acreditó el requisito de inmediatez, puesto que, transcurrió más de 9 meses para interponer la acción, teniendo en cuenta que la menor nació el 12/11/ 2022, se radicó la solicitud de pago ante la EPS el 14/11/2022 y el actor presentó la acción de tutela el 23/08/2023.

1. **Sobre el requisito de inmediatez**

Sea lo primero indicar que, como presupuesto de procedencia de la tutela, la **inmediatez** exige que la tutela se presente en un **plazo razonable**, contado desde el momento de la supuesta vulneración o amenaza. De esta manera, se garantiza que el amparo sea un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (artículo 86 de la Constitución). La persona que pretenda acudir a la acción de tutela debe hacerlo dentro de un **término justo y moderado**, en cuanto es un instrumento constitucional de protección inmediata de derechos fundamentales.

En el caso del señor DANIEL RENGIFO SEPÚLVEDA, se evidencia que, si bien la menor nació el 12/11/2022, el actor radicó la solicitud de pago ante la EPS el 14/11/2022 y presentó la acción de tutela el 23/08/2023, para esta Sala de Decisión debe darse una aplicación flexible del requisito de inmediatez, teniendo en cuenta que se trata de la licencia de paternidad vista como un derecho del menor a tener una familia y, al mismo tiempo, un deber del padre a responsabilizarse del rol parental que le corresponde.

Al analizar el material probatorio, el cuestionario rendido por el demandante ante la juez primigenia y las contestaciones allegadas se evidencia que se cumplen los criterios definidos por la Corte Constitucional en la sentencia T-032-23 para tener acreditado el requisito de inmediatez, como se pasa a explicar.

Respecto del primer criterio: ***(i) la diligencia del interesado en la defensa de sus derechos****;* quedódemostrado que la licencia se registró ante la EPS el 14-12-2022, correspondiéndole los números de radicado 293187, 293459 y 268433 (Anexo2). Aunado a ello, la empleadora SOLUCIÓN EMPRESARIAL UNO A S.A.S. confirmó que la solicitud de pago fue radicada dentro del término y que la NUEVA EPS no emitió respuesta sobre el pago (Anexo13). En el escrito de impugnación el actor indicó que se presentó varias veces ante la entidad para preguntar sobre el avance del trámite, sin obtener respuesta, siendo la última vez en el mes de julio de 2023. De lo anterior se puede concluir que el demandante fue diligente en la defensa de sus derechos y los de su hija menor.

Con relación al segundo criterio: ***(ii) la eventual afectación de derechos de terceros****;* también se encuentra acreditado si se tiene en cuenta que el derecho a la licencia de paternidad compromete directamente el derecho fundamental de la menor y su madre. Así lo ha establecido la Corte Constitucional, cuando reconoció que “*la licencia remunerada de paternidad busca precisamente permitir que el padre acompañe al menor recién nacido y le prodigue el cuidado y el amor en esta temprana etapa de la vida, así como que el menor tenga una familia y no sea separado de ella”* (Sentencia T-680-03)

En lo que tiene que ver con los criterios de ***(iii) la estabilidad jurídica; (iv) la complejidad del conflicto*** y ***(v) el equilibrio de las cargas procesales***basta con indicar que se encuentran acreditados dado que no se avizora un riesgo o que se pueda ver comprometidos alguno de ellos.

Finalmente, sobre *(****vi) la existencia de circunstancias de vulnerabilidad o debilidad manifiesta*** se reitera, cuando se trata del derecho a la licencia de paternidad evidentemente están involucrados sujetos de especial protección constitucional, puesto que, se comprometen los derechos de los niños y la presunta vulneración contraviene el interés superior del menor[[5]](#footnote-5).

Así las cosas, al encontrarse acreditados los criterios jurisprudenciales para dar por superado el requisito de inmediatez, la Sala de Decisión encuentra procedente la acción de tutela presentada y pasará a analizar el fondo del asunto.

**2. Sobre el requisito de subsidiariedad**

Respecto del requisito de subsidiariedad, en principio, se tiene que el reconocimiento y pago de las licencias de paternidad no deben ser dirimidos por la jurisdicción constitucional, dado que, el accionante cuenta con otro medio de defensa judicial, como es aquel que se adelanta a través de las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud (Ley 1438 de 2011) y los procesos laborales ordinarios (Código Laboral); sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que en casos como el que se discute aquí, tales mecanismos no son ni idóneos ni eficaces para impedir la ocurrencia de un perjuicio irremediable, teniendo en cuenta que existe una capacidad administrativa limitada por parte de la Superintendencia.

Esta tesis fue confirmada en la reciente sentencia T-114 de 2019, mediante la cual el Alto Tribunal Constitucional advirtió: “*De conformidad con lo expresado por el Superintendente de Salud a la Sala Plena de la Corte Constitucional,* ***l****a entidad tiene una capacidad administrativa limitada respecto de sus facultades jurisdiccionales para resolver los conflictos que se le presenten de conformidad con lo establecido en la ley. Por tanto, mientras persistan dichas dificultades y de conformidad con las circunstancias concretas del caso estudiado,* ***el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no es un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de derechos fundamentales******de los usuarios del SGSSS, razón por la cual la acción de tutela es el medio eficaz para proteger los derechos fundamentales invocados por el accionante****”* (Negrilla fuera de texto)

En virtud de lo anterior, para la Sala se encuentra acreditado el requisito de subsidiariedad, en tanto que, el mecanismo ante la Superintendencia es ineficaz para salvaguardar los derechos del accionante y su hija menor de edad.

**3. Sobre el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad**

Al respecto de la licencia de paternidad, se recuerda que la menor GUADALUPE RENGIFO SEPULVEDA nació el 12/11/2022 y el señor DANIEL RENGIFO GARCIA figura como su padre, según el registro civil de nacimiento con indicativo serial 62043710 (fl. 6, anexo 2). Posterior al parto, se radicó la solicitud de pago de la licencia de paternidad ante la NUEVA EPS S.A. el 14/12/2022.

Ahora, la EPS indicó en su contestación que no encontró ningún reporte de incapacidades radicada en favor del accionante; sin embargo, dichas afirmaciones carecen de credibilidad, pues en la respuesta al requerimiento efectuado al accionante y a su empleadora la empresa **SOLUCIÓN EMPRESARIAL UNO A S.A.S.** el 17-10-2023 (anexo 4, carpeta SegundaInstancia), se aclaró que esa compañía efectuó el proceso de validación y transcripción de incapacidades directamente desde el portal empleador NUEVA EPS de SOLUCION EMPRESARIAL UNO A SAS. También aseguró que “*hizo una primera transcripción* ***el día 24 de noviembre RADICADO 1.#268433*** *y posteriormente se hicieron* ***dos cargues más de la licencia el día 14 de diciembre de 2022 RADICADO 2.#293187 y RADICADO 3.#293459*** *sin respuesta oportuna de ellos.*” (Negrilla fuera de texto)

Conforme lo dicho con antelación, estima esta Sala que el actor cumple con los requisitos para acceder al pago de la licencia de paternidad, en los términos de la Ley 2114 de 2014 que modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, dado que, **1)** acreditó la calidad de padre con el registro civil de nacimiento del menor: **2)** presentó la solicitud ante la EPS al que se encuentra afiliado, dentro de los 30 días siguientes al nacimiento del menor, pues, la menor nació el 12/11/2022 y la solicitud fue radicada la primera vez el 24/11/2022 con número 268433, y dos veces más, el 14/12/2022 con radicado número 293187 y 293459; **3)** acreditó que cotizó las semanas durante el periodo de gestación, lo cual, fue confirmado por su empleadora **SOLUCIÓN EMPRESARIAL UNO A S.A.S.** en la contestación allegada (anexo13) y **4)** la licencia fue otorgada por 2 semanas, pues se concedió desde el 11/11/2022 hasta el 24/11/2022.

En virtud de lo anterior, para la Sala no existe justificación normativa para que la NUEVA EPS S.A. hubiese omitido el reconocimiento de la licencia de paternidad, máxime cuando la Corte Constitucional ha reconocido que en los casos en que el padre no obtiene *“*(…)***un reconocimiento pronto y oportuno de la licencia remunerada de paternidad se estaría vulnerando inevitablemente los derechos fundamentales del menor a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor****, puesto que la licencia remunerada de paternidad busca precisamente permitir que el padre acompañe al menor recién nacido y le prodigue el cuidado y el amor en esta temprana etapa de la vida, así como que el menor tenga una familia y no sea separado de ella, en este caso mediante la ausencia obligada del padre que requiere de ingresos monetarios y no puede dejar de trabajar salvo que se le reconozca la licencia remunerada de paternidad.* ***De no garantizarse tal presencia en forma inmediata se estarían simplemente desconociendo los derechos a tener una familia, a no ser separado de ella, al cuidado y al amor del recién nacido ya que una licencia de paternidad reconocida años después del nacimiento al finalizar un largo proceso ordinario ocasiona un perjuicio irremediable al menor****, a saber, un daño irremediable, e inminente cuya prevención exige medidas urgentes que hacen que la acción de tutela sea impostergable.”* (Negrilla fuera de texto) (Sentencia T-462 de 1.999 MP Antonio Barrera Carbonell, reiterada en la T-680 de 2003)

El actuar de la NUEVA EPS no solo vulnera el derecho a la seguridad social del accionante y su hija menor, sino que va en contravía de los preceptos normativos que revisten al derecho al debido proceso consagrado en el artículo 29 C.N. Y es que, en múltiples sentencias de la Corte Constitucional, se ha definido la noción de debido proceso como una forma de evitar una eventual conducta abusiva, de brindar transparencia en los procesos de administración de justicia y de buscar un orden justo, lo cual, implica que toda autoridad pública o privada, está sujeta al respeto, no solo a las normas legalmente constituidas, sino a los valores, principios y derechos constitucionales que consagran el ordenamiento jurídico y son la característica principal de un Estado Social de Derecho. (Ver sentencias como la C-214 de 1994, la T-280 de 1998, entre otras)

No sobra traer a colación, la sentencia T-114 de 2019, en la cual la Corte Constitucional encontró acreditados los requisitos de inmediatez y subsidiariedad en un caso de similares proporciones donde el recurrente había disfrutado la licencia de paternidad, pero no se le había realizado el pago correspondiente. En dicha oportunidad la Corporación dijo que en situaciones en que la EPS niega el pago de la licencia “*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.”*

Así las cosas, ante la evidente vulneración de los derechos fundamentales a la seguridad social y el debido proceso, del señor DANIEL RENGIFO GARCÍA y de su hija menor GUADALUPE RENGIFO SEPÚLVEDA, por parte de la NUEVA EPS S.A., al omitir dar trámite a la licencia de paternidad presentada dentro del término, la Sala **REVOCARÁ** la sentencia de primera instancia que declaró la improcedencia de la acción de tutela, y en su lugar, **TUTELARÁ** los derechos fundamentales a la seguridad social y el debido proceso, por las razones antes expuestas.

En consecuencia, se ordenará a la NUEVA EPS S.A. para que, a través de la Gerente Regional Eje Cafetero la doctora María Lorena Serna Montoya o quien haga sus veces, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de paternidad en favor del señor DANIEL RENGIFO GARCÍA, por el nacimiento de su hija GUADALUPE RENGIFO SEPÚLVEDA, por el lapso comprendido desde el 11/11/2022 hasta el 24/11/2022, de conformidad con los radicados 268433, 293187 y 293459.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

**RESUELVE**

**PRIMERO**: **REVOCAR** la sentencia impugnada proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Dosquebradas, Risaralda.

**SEGUNDO: TUTELAR** el derecho fundamental a la seguridad social y el debido proceso del señor DANIEL RENGIFO GARCÍA y de su hija menor GUADALUPE RENGIFO SEPÚLVEDA.

**TERCERO: ORDENAR** a la **NUEVA EPS S.A.** para que, a través de la Gerente Regional Eje Cafetero la doctora María Lorena Serna Montoya o quien haga sus veces, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar la licencia de paternidad en favor del señor DANIEL RENGIFO GARCÍA, por el nacimiento de su hija GUADALUPE RENGIFO SEPÚLVEDA, por el lapso comprendido desde el 11/11/2022 hasta el 24/11/2022, de conformidad las solicitudes inscritas en el portal empleador NUEVA EPS de SOLUCION EMPRESARIAL UNO A SAS, el 24/11/2022 con radicado número 268433, y el 14/12/2022 con radicado número 293187 y 293459.

**CUARTO: DENTRO** de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del presente fallo, **REMÍTASE** de forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 del 13 de julio de 2020, la presente Acción de Tutela ante la Honorable Corte Constitucional para su eventual **REVISIÓN.**

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

Los Magistrados,

**GERMÁN DARÍO GÓEZ VINASCO**

**OLGA LUCIA HOYOS SEPÚLVEDA**

**JULIO CÉSAR SALAZAR MUÑOZ**

1. Sentencia T-401 de 2017 [↑](#footnote-ref-1)
2. Sentencia T-248 de 2015 [↑](#footnote-ref-2)
3. T-246 de 2018 [↑](#footnote-ref-3)
4. Ver Sentencia C-415 de 2022. [↑](#footnote-ref-4)
5. En sentencia T-408/95 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, la Corte Constitucional definió el “interés superior del menor” de la siguiente manera: *“[E]l denominado “interés superior” es un concepto de suma importancia que transformó sustancialmente el enfoque tradicional que informaba el tratamiento de los menores de edad. En el pasado, el menor era considerado “menos que los demás” y, por consiguiente, su intervención y participación, en la vida jurídica (salvo algunos actos en que podía intervenir mediante representante) y, en la gran mayoría de situaciones que lo afectaban, prácticamente era muy reducida.*

*Con la consolidación de la investigación científica, en disciplinas tales como la medicina, la sicología, la sociología, etc., se hicieron patentes los rasgos y características propias del desarrollo de los niños, hasta establecer su carácter singular como personas, y la especial relevancia que a su status debía otorgar la familia, la sociedad y el Estado. Esta nueva visión del menor se justificó tanto desde una perspectiva humanista –que propende la mayor protección de quien se encuentra en especiales condiciones de indefensión -, como desde la ética que sostiene que sólo una adecuada protección del menor garantiza la formación de un adulto sano, libre y autónomo. La respuesta del derecho a estos planteamientos consistió en reconocerle al menor una caracterización jurídica específica fundada en sus intereses prevalentes.*

*La más especializada doctrina consiste en señalar que el interés superior del menor, se caracteriza por ser: (1) real, en cuanto se relaciona con las particulares necesidades del menor y con especiales aptitudes físicas y sicológicas; (2) independiente del criterio arbitrario de los demás y, por tanto, su existencia y protección no dependen de la voluntad o capricho de los padres, en tanto se trata de intereses jurídicamente autónomos; (3) un concepto relacional, pues la garantía de su protección se predica frente a la existencia de intereses en conflicto cuyo ejercicio de ponderación debe ser guiado por la protección de los derechos del menor; (4) la garantía de un interés jurídico supremo consistente en el desarrollo integral y sano de la personalidad del menor*”. [↑](#footnote-ref-5)