

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR HERMES BARRIO PIMIENTA
CONTRA SALUD TOTAL EPS**

En Bogotá D. C., a los cinco (5) días del mes de mayo del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, del 3 de junio de 2021 (fls.21 a 28).

ANTECEDENTES

El señor **HERMES BARRIO PIMIENTA** acude a través de apoderado judicial a la presente acción¹ a efectos de que se **ordene** a la EPS SALUD TOTAL el reconocimiento económico por la suma de \$9.422.510, por gastos en que incurrió por concepto de atención a urgencias y hospitalización en la clínica IBEROAMERICANA frente a su negativa injustificada de atención y el de su IPS contratadas.

¹ Folio 8

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

Fundamenta sus pretensiones en que el pasado 21 de junio de 2020, presentó un cuadro clínico de dificultad para respirar como quiera que llevaba 8 días padeciendo de síntomas COVID -19, lo cual lo llevó a tener que buscar a la prestadora de servicio de salud comunicándose con ellos vía telefónica a fin de que le fuera tomada una prueba de COVID 19, como atención médica prioritaria, viéndose en la obligación de tratarse en casa y acudir a la Secretaría de Salud de Soledad – Atlántico para que le fuera toma la muestra, sin embargo; tampoco fue posible lo cual empeoró su salud y se buscó acudir a una IPS que tuviera contrato con la EPS, pues su estado ameritaba servicio de urgencia, ya que la dificultad para respirar cada vez era más severa debiendo asistir a la CLÍNICA MURILLO de la ciudad de Barranquilla, siendo admitido, pero no atendido debido a la falta de oxígeno en la IPS, siendo remitido a la CLÍNICA LA MERCED, la cual también niega la atención, al encontrarse en riesgo fulminante si vida, sus familiares deciden remitirlo a la CLÍNICA IBEROAMERICANA en la ciudad de Barranquilla, como quiera que todas las IPS que tenían convenio con la EPS SALUD TOTAL no constaban con el oxígeno que necesitaba, siendo ésta última clínica quien lo atendió, manifestándole que debía cancelar la suma de \$500.000 al no tener contrato con la EPS demandada, debiendo acceder a la oferta ante el riesgo de su vida.

Añade, que ante la gravedad de su estado de salud debido que era un paciente de 79 años de edad, los médicos deciden hospitalizarlo, incrementándose el valor de los gastos hospitalarios, realizándose un abono de \$3.000.000 el 21 de junio de 2020 y otro abono que se dio el 30 de junio de 2020, por la suma de \$2.053.000, para un total de \$9.422.510, de dicho monto aun de adeuda saldo por lo que su hija procedió a suscribir dos títulos valores en blanco para respaldar el pago del monto adeudado, resalta que la IPS en aras de evadir su responsabilidad, nunca suministró, ni expidió documento de negación del servicio, lo cual solo se puede

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

evidenciar con videos o cámaras de cada IPS, que el día 13 de julio de 2020, radicó derecho de petición ante la EPS SALUD TOTAL para el reembolso de los gastos incurridos, los cuales fueron negados.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS contesta señalando que el actor no acudió a ninguna de las IPS que hace parte de la red de prestadores con las cuales cuenta, tampoco que evidenció queja por parte del demandante por no atención por parte de la IPS, lo cual no permite establecer que existió negligencia por parte de la EPS, adicionalmente, la reclamación para el reembolso de los gastos médicos fue extemporánea, por el contrario; se encuentra demostrado que se ha brindado el servicio médico, como el tratamiento médico que se le encuentra suministrándose, además de los no incluidos en el POS.

La **CLÍNICA IBEROAMERICANA** quien fue requerida por Superintendencia de Salud, contestó indicando que revisada su base de datos se encontró que el actor entre el 21 y 30 de junio de 2020, se le causó factura de venta 304483 por valor de \$9.374.880, que su ingreso a urgencias fue como particular, por lo que no se tramitó solicitud de autorización ante la EPS, que el usuario no canceló la totalidad de la cuenta, abonó la suma de \$5.553.000 y aun adeuda la suma de \$3.821.880.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 3 de junio del 2021, **accedió**

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

parcialmente a la pretensión formulada, **ordenó** a SALUD TOTA EPS reconocerle y pagarle al demandante la suma de \$5.553.000 en el término de 5 días contados a partir de la ejecutoria de la providencia, **ordenó** compulsar copias a la Superintendencia Delegada para Supervisión institucional – Dirección de inspección y vigilancia para prestadores de servicio de salud de la Superintendencia de Salud, para que adelante las investigaciones administrativas pertinentes de conformidad con los artículos 21 y 23 del Decreto 2462 de 2013, dado que la CLÍNICA IBEROAMERICANA realizó el cobro a la afiliada de un servicio de urgencia, **instó** a la CLÍNICA IBEROAMERICANA proceda a facturar a cargo de SALUD TOTAL EPS la suma de \$3.821.880, correspondiente a la factura de venta No. 4483 del 2 de julio de 2020 y destruir el pagaré suscrito No. 3207, dentro de los 5 días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

Como sustento a su decisión estableció que, para la toma de su decisión tuvo en cuenta la revisión técnica emitida por el profesional de la salud ALEJANDRA ROJAS ROJAS integrante del grupo interdisciplinario con que cuenta la Delegada para la función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, concluyendo que el señor HERMES BARRIOS PIMIENTA adulto mayor de 79 años de edad, se encontró en una situación de urgencia al presentar los diagnósticos de neumonía y dificultad respiratoria, en los cuales para el manejo del cuadro clínico requería de oxígeno suplementario y se debía determinar la etiología de la infección respiratoria, por lo que necesitó manejo intrahospitalario.

Acotó el sentenciador de primer grado, que en cuanto al argumento de la EPS de que no fue notificada del ingreso, recalca que para la atención urgencias no es necesario que la IPS particular tuviera que solicitar autorización o permiso de la EPS, ya que toda IPS que presta servicios de salud está en la obligación de atender a la población que acuda ante una

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

alteración de la integridad física o mental que genere una atención médica inmediata. Llama la atención a la CLÍNICA IBEROAMERICANA como quiera que cuando una persona ingresa al servicio de urgencias se debe calificar mediante triage, por lo tanto, no debió exigir el pago de los servicios prestados, ya que en virtud del artículo 10° de la Ley 1751 de 2015, se prohíbe expresamente a las IPS exigir el pago de depósito para la atención de urgencias.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **SALUD TOTAL EPS** interpuso recurso de apelación señalando que no ha pagado la suma solicitada por el demandante porque no cumple con los requisitos legalmente establecidos para su reconocimiento, por cuanto acudió a la CLÍNICA IBEROAMERICANA manera particular y no acudió a ninguna IPS que hacen parte de la red de prestadores con la que cuenta la EPS SALUD TOTAL, adicionalmente; no se cuenta con registro sobre una queja ante la IPS, lo cual no permite establecer que exista negligencia por parte de la entidad, además de que el paciente fue dado de alta el 30 de junio de 2020, por lo que contaba con 15 días para radicación de la solicitud y la misma fue radicada el 22 de julio de 2020, lo que se considera extemporánea, así mismo, a fin de establecer si procedía o no el reembolso, debió tenerse en cuenta la resolución No. 5261 de 1994, resaltando que la entidad ha venido reconociéndole los servicios de salud que ha requerido el actor, incluyendo los no POS.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si le asiste derecho a la accionante al

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

reembolso de los gastos incurridos por asistencia a urgencias en la CLÍNICA IBEROAMERICANA.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numeral 1 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Reembolso por atención urgencia

De acuerdo con el artículo 9 de la Resolución 5261 de 1994, se entiende por urgencia *“(...) la alteración de la integridad física, funcional y/o psíquica por cualquier causa con diversos grados de severidad, que comprometen la vida o funcionalidad de la persona y que requiere de la protección inmediata de servicios de salud, a fin de conservar la vida y prevenir consecuencias críticas presentes o futuras.”. La atención inicial de urgencias, entendida como “la organización de recursos humanos, materiales, tecnológicos y financieros de un proceso de cuidados de salud indispensables e inmediatos a personas que presentan una urgencia”.*

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 168 de la Ley 100 de 1993, la atención a urgencia debe ser prestada en forma obligatoria por todas las entidades públicas y privadas que presten servicios de salud a todas las personas. El costo de dichos servicios, siguiendo la norma en cita, debe ser asumido por la Entidad Promotora de Salud a la cual esté afiliado el usuario, salvo en los casos de urgencias generadas en accidentes de tránsito, en acciones terroristas ocasionadas por bombas o artefactos explosivos, en catástrofes naturales o en otros eventos expresamente aprobados por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, ya que en estos supuestos el llamado a sufragar dichos costos es el Fondo de Solidaridad y Garantía. En el mismo sentido, el artículo 14 de la

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

Resolución 5261 de 1994, establece algunas reglas específicas en materia de reconocimiento de reembolsos a los afiliados que han tenido que asumir costos por atención de urgencias. Es claro que la atención inicial de urgencias constituye una prestación cierta, que se encuentra expresamente consagrada en el Plan Obligatorio de Salud como un derecho que le asiste a todos los beneficiarios de dicho plan, pero, además, ello implica la efectividad del derecho a la salud como derecho fundamental.

En el presente caso, el señor HERMES BARRIOS PIMIENTA paciente de 79 años de edad acude presentó cuadro respiratorio, siendo sospechoso de COVID – 19, enfermedad declarada por la OMS como pandemia, que ha ocasionado varios fallecimiento de las personas a nivel mundial, motivo por el cual ante las complicaciones de sus padecimientos decidió acudir al servicio de urgencias, manifestando el actor en el escrito de demanda que en las clínicas adscritas a la EPS no logró conseguir oxígeno necesario para tratar sus molestias, pues presentaba afectación respiratoria, debiendo acudir a la única clínica que le podía suministrar el oxígeno, quien no tenía convenió con la EPS, siendo ingresado como paciente particular.

Sobre tal manifestación, arguye la EPS que no existe constancia de que la IPS no le hubiera brindado el servicio o que el paciente se hubiere quejado, frente a tal aseveración, si bien puede decirse que no existe constancia de ello, debe considerarse que para la época de los hechos (21 de junio 2020), el país presentaba un gran volumen de pacientes con enfermedades respiratorias derivadas del COVID – 19, razón por la cual las clínicas presentaba una gran demanda de pacientes que necesitaban de manera prioritaria el suministro de oxígeno, como lo relata el actor, es por ello, que lo narrado él no resulta descabellado, esto es, la imposibilidad de conseguir dentro de las IPS adscritas a la demandada lo necesario para atender su salud.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

De manera, que, ante los padecimiento médicos que lo aquejaban y su avanzada edad, debió buscar atención urgente, cabe mencionar que de acuerdo a la historia clínica y el informe realizado por la Doctora ALEJANDRA ROJAS ROJAS integrante del grupo interdisciplinario con que cuenta la Delegada para la Función Jurisdiccional y de la Conciliación de la Superintendencia de Salud, refiere que el señor HERMES BARRIOS PIMIENTA al momento de su ingreso a urgencias, presentaba: *“cuadro clínico de 8 días de evolución de picos febriles intermitentes, astenia, adinamia, malestar general y tos ocasional, en los últimos días presentó dificultad respiratoria. Realizándose impresión diagnóstica de síndrome de dificultad respiratoria por sospecha de COVID, iniciándose oxígeno por cánula nasal”*.

Si bien el paciente dio negativo por COVID, lo cierto que sí presentaba neumonía, cuadro clínico que también resulta prioritario dada su avanzada edad, por lo tanto; le asiste el derecho al reembolso solicitado, pues al haber acudido por urgencias independientemente de si la clínica estaba o no adscrita a la EPS accionada, era obligatoria su atención, como bien se indicó con las normas inicialmente mencionadas, correspondiéndole a la EPS efectuar las operaciones administrativas directamente con la clínica que prestó el servicio y no poner al paciente a tener que sufragar dichos gastos, evidenciándose negligencia tanto de la EPS como de la clínica que lo atendió.

Extemporaneidad de la solicitud de reembolso

Finalmente, en lo que respecta forma extemporaneidad del reembolso de acuerdo a lo establecido en la Resolución 5261 de 1994, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha razonado en que el plazo contemplado en

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

dicha resolución no puede considerarse como un término prescriptivo como lo precisó en sentencia T-594 de 2007, en donde dijo:

“La vulneración de los derechos del actor se torna más gravosa por cuanto la entidad accionada negó el reconocimiento de dicha prestación con fundamento en el incumplimiento de un requisito meramente formal, cual es el hecho de que la reclamación fue presentada de forma extemporánea, esto es, vencido el término establecido en el numeral 6.1.7 de la Resolución 2475 de 2004, proferida por el Instituto de Seguros Sociales, según el cual los afiliados cuentan con un plazo de sesenta (60) días hábiles, contados a partir del día hábil siguiente a la referencia del paciente en casos de urgencia, para formular la solicitud de reembolso. Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que el plazo para efectuar la reclamación establecido en la Resolución referida, no puede entenderse de ninguna manera como un término prescriptivo de la obligación que tiene el I.S.S. de reconocer a sus usuarios, el reembolso de los dineros que le corresponda asumir a la E.P.S. por expresa disposición del régimen de seguridad social en salud. En efecto, el plazo en mención corresponde simplemente al término con el que cuentan los afiliados para adelantar el trámite administrativo de su solicitud ante la propia entidad, razón por la cual el vencimiento del mismo no puede de manera alguna tener como consecuencia la pérdida del derecho del usuario a obtener el reembolso, ni la exoneración de la entidad de cumplir con las obligaciones que le asisten”.

Así las cosas, las razones que fundamentó la entidad accionada para negar el reembolso solicitado no resultan acertadas, por lo tanto, se **confirmará** la sentencia apelada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 3 de junio de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200601-01

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Luis Alfredo Barón Corredor'.

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado Ponente

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Diana Marcela Camacho Fernández'.

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Eduardo Carvajalino Contreras'.

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR RUTH ISABEL PUERTO GIL CONTRA
MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL- FONDO NACIONAL DE
PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, FIDUCIARIA LA PREVISORA
S.A Y UT ORIENTE REGION 5**

En Bogotá D. C., a los cinco (5) días del mes de mayo del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada FIDUPREVISORA y FUNDACION AVANZAR, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 18 de febrero de 2021 (fls.126 a 133).

ANTECEDENTES

La señora **RUTH ISABEL PUERTO GIL** acude a la presente acción a efectos que la FUNDACIÓN AVANZAR FOS reembolse los dineros por gastos médicos en la suma de \$34.679.574.

Fundamenta sus pretensiones (Fls. 1 a 4) señalando que el 17 de octubre de 2013, padeció convulsiones con pérdida de conciencia y fue trasladada al Hospital Manuela Beltrán, que el día 23 de octubre de 2013 fue trasladada a la CLÍNICA FOSCAL por orden de la FUNDACIÓN AVANZAR FOS y estuvo allí internada hasta el 25 de octubre de 2013, que fue remitida a neurología con la orden de asistir a control dentro de los tres meses siguientes, pero el 14 de noviembre de 2013, en control previo de neurología fue considerada su condición



como prioridad para la atención médica, que el 16 de noviembre de 2013, acudió a una segunda opinión profesional ante el doctor JESÚS SOLER INSUASTY quien la remitió a valoración por neurocirugía e identifica la lesión que padece la accionante, que el 25 de noviembre de 2013 acudió al neurocirujano FERNANDO HALKIM DACCACHE quien sugiere una intervención médica señalando que la lesión puede ser compatible con un tumor glial, de modo que, el 10 de diciembre de 2013 fue intervenida medicamente, que el 19 de diciembre de 2013 fue atendida por el doctor ANDRÉS CARDONA quien conceptuó sobre la lesión de la accionante, que ese mismo día se solicitó ante la FUNDACION AVANZAR FOS la homologación de conceptos y procedimientos realizados por el equipo multidisciplinario de la Fundación Santa Fe de Bogotá, así como el reembolso de los pagos realizados por los procedimientos realizados que ascienden a \$33.062.524 y sumado a los procedimientos y citas adicionales que tuvo que incurrir la demandante se pide un reembolso global por \$34.679.574.

Por último, el señor PEDRO ENRIQUE GIL PUERTO, en calidad de agente oficioso de la señora RUTH ISABEL PUERTO GIL, presentó acción de tutela en contra de la FUNDACION AVANZAR FOS, de la cual tuvo conocimiento el Juzgado Cuarto Penal Municipal para Adolescentes con función de control de garantías de Bucaramanga, bajo el radicado No. 2014-00021, quien en fallo de tutela de 17 de marzo de 2014, amparó los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas, igualdad y continuidad en la prestación de los servicios de salud y así mismo se ordenó a la FUNDACION AVANZAR FOS garantizar y autorizar la practica prioritaria del procedimiento de la REINTERVENCIOIN PARA LA RESECCION DE LOS FOCOS TUMORALES conforme a las prescripciones hechas por el medico FERNANDO HAKIM DACCACH.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

FUNDACION AVANZAR FOS y el MINISTERIO DE EDUCACION NACIONAL 7FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, contesta señalando que es una entidad que presta los servicios medico asistenciales a los docentes y sus familias en la Región 5, lo que significa que se debe cumplir con los términos de referencia que rige el contrato entre la UT



ORIENTE REGION 5 y LA FIDUPREVISORA S.A, documento en donde se encuentran los requisitos a cumplir para que se efectúen los reembolsos a los usuarios, adicional a los requerimientos que deben cumplir los documentos soporte para que se puedan validar y reconocer estos valores.

Bajo este argumento, la accionada presenta el reembolso de gastos médicos aduciendo que el único valor a reconocer teniendo en cuenta el cumplimiento de los requisitos mencionados en el contrato son por el valor de \$16.185.989 (Fl. 122), explicando a su vez que para el reconocimiento de la totalidad de los conceptos es necesario que los usuarios se notifiquen en el lugar de su residencia, puesto que las obligaciones de la accionada son garantizar los servicios integrales de salud con su propia red de prestadores dentro de la Región 5 a la cual hace parte la accionante y solo en el evento de que el servicio no se pudiese garantizar en la región se trasladaría el caso a la localidad más cercano en donde pueda recibirlo.

Así las cosas, aduce que mientras la usuaria no haga el cambio de zonificación de los servicios, informando si su lugar de residencia es Bogotá y no Bucaramanga, deberá cumplir con los procedimientos establecidos para el acceso a los servicios médico asistenciales.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD** a través de la Superintendente delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, mediante providencia del 18 de febrero de 2021 (Fl. 126-133) **accedió** a las pretensiones de la demandante, ordenando a la FUNDACION AVANZAR FOS a reconocerle y pagarle a la actora la suma de \$18.493.585 en el término de 15 días contados a partir de la ejecutoria de la providencia, **ordenó** a la FIDUPREVISORA S.A como entidad vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO a cuyo cargo están las pretensiones sociales y servicios médicos asistenciales de los docentes y beneficiarios, que en caso de que de que la FUNDACION AVANZAR FOS no realice



el pago a favor del demandante en el término señalado, proceda a reconocer y pagar a favor de la señora RUTH ISABEL PUERTO GIL la suma de \$18.493.585.

Como sustento a su decisión estableció en primer lugar, que las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud, independientemente del régimen de salud que forme parte debe velar por la atención integral y de calidad a todos los asociados, bajo este argumento y las pruebas obrantes en el proceso se demuestra que la FUNDACION AVANZAR FOS transfirió el riesgo en salud a la afiliada RUTH ISABEL PUERTO GIL, al no autorizar en debida forma la realización del procedimiento quirúrgico y sin tener presente los riesgos que implicaba demorar la autorización de la misma, lo que llevó a la accionante a acudir de forma particular a un especialista de neurología para recibir de forma integral y oportuna los servicios de salud.

Aduce, el *a quo* que no es procedente la excepción presentada por la FUNDACION AVANZAR FOS en lo que respecta al no cumplimiento de requisitos legales de la factura de venta, puesto que los documentos expedidos por los profesionales son por concepto de honorarios y estos junto con sus características constituyen soporte probatorio valido, puesto que estos profesionales no están obligados a emitir facturas de venta siempre y cuando no superen el tope de ingresos exigidos por el artículo 499 del Estatuto Tributario. Adicional, en lo que respecta a determinar cuál es la entidad llamada a sumir el reconocimiento y pago del reembolso al que tiene derecho la demandante, toma como base la doctrina establecida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en Sala Laboral, señalando así que le corresponde al prestador del servicio de salud FUNDACION AVANZAR FOS, asumir el reembolso solicitado por la accionante, y que en caso de que esta no realice el pago ordenado será la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO quien deberá cancelarla.

Por último, atendiendo al reconocimiento parcial hecho por la FUNDACION AVANZAR POS (**Fls. 121 a 123**) por un valor de \$16.185.989, lo que se ordenó



en sentencia es el valor restante de lo reclamado suma que asciende a \$18.493.585.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada la **FUNDACION AVANZAR FOS** interpuso recurso de apelación arguyendo que la FUNDACION AVANZAR FOS es una IPS de primer nivel que no tiene obligaciones directas para con los usuarios del servicio de salud del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ya que se declaró como obligado a una prestación ajena al objeto social de la vinculada, por lo que existe una ausencia de relación jurídico sustancial con FIDUPREVISORA y los usuarios de FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO. Por último, alega ausencia de análisis de las pruebas aportadas e indebida apreciación del contrato No. 12076-006-2012 suscrito entre la FISUPREVISORA y UT ORIENTE REGION 5, aclarando que la FUNDACION AVANZAR FOS sea participe de la Unión Temporal.

La demandada **FIDUPREVISORA S.A** interpuso recurso de apelación aduciendo que existe *falta de legitimación en la causa por pasiva de la FIDUPREVISORA S.A*, puesto que considera que es la entidad UNION TEMPORAL ORIENTE REGION 5, la encargada de garantizar y prestar la atención médica y que en el caso es quien debe proceder al reembolso solicitado por la accionante de conformidad al contrato suscrito y el cual actualmente no se encuentra vigente. También agrega que no puede ser condenada FIDUPREVISORA como administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO ni en posición propia, puesto que no es la entidad facultada por ley para prestar los servicios de salud, pues es una función propia y reservada para las entidades promotoras de salud, de modo que, es la UNION TEMPORAL REGION ORIENTE 5 quien debe responder por estos dineros, agregando a lo anterior, que existe imposibilidad material y jurídica por parte de la accionada de realizar un descuento a un contrato sin vigencia y que se encuentra en liquidación.



CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar cuál es la entidad encargada de asumir el reconocimiento y pago del reembolso al que tiene derecho la demandante.

En tal sentido se advierte que los supuestos fácticos se enmarcan dentro de lo dispuesto por el literal b.) numerales 2 y 3 del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019.

Cabe resaltar que en el presente asunto no existe controversia respecto la demandante presentó quebrantos de salud en el mes de noviembre de 2013, siendo atendida por médico adscrito al FOSCAL, a fin de tener una segunda opinión acudió a un médico particular en la Clínica de Bucaramanga, solicitando la homologación de los conceptos y procedimientos recomendados del médico particular, sin obtener respuesta por parte del prestador del servicio de salud, decidió tomar un nuevo concepto particular con el Doctor HAKIM DACCACH, en la FUNDACIÓN SANTA FE, concepto que fue remitido por la demandante a su prestador de servicio de salud, sin que nuevamente recibiera respuesta, decidiéndose efectuarse la intervención quirúrgica recomendada de manera particular. Así mismo, se tiene que la FUNDACION AVANZAR FOS reconoce parte del reembolso solicitado, esto es, en la suma de \$16.185.989, no reconociendo el restante bajo el argumento de la que actora no cumplió con los requisitos para el reembolso de acuerdo términos establecidos en el contrato UT ORIENTE REGION 5 y la FIDUPREVISORA S.A.

Conforme a lo anterior, el *a quo* ordenó el pago de la suma restante al considerar que se contó con soporte probatorio válido, ordenando a la FUNDACION AVANZAR FOS el pago del reembolso, debiendo garantizar dicho pago la FIDUPREVISORA S.A. como vocera y administradora de los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, trayendo como sustento a su decisión una sentencia proferida por esta Corporación, que al ser revisada corresponde a una sentencia emitida por el Magistrado Ponente de la



presente decisión, de manera que el criterio tomado en la sentencia referida por la Superintendencia de Salud se mantiene, argumentos que son los siguientes:

Se observa que en la Guía del Usuario de la Fiduprevisora S.A 2017 – 2021¹, frente a la prestación de los servicios de salud del régimen de excepción originado en la Ley 91 de 1989, que crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, páginas 15 y 16, en lo que respecta a los reembolsos, señala que habrá lugar a ellos, entre otras, cuando se trate de urgencias vitales. Específicamente se indica:

*“Cuando el usuario haga uso de una red de servicios distinta a la que el contratista haya establecido para el manejo de estos casos, por razones claramente documentadas y justificadas por la entidad tratante, los costos de la atención de urgencia justificada, deben ser recobrados por la IPS que atendió la urgencia al contratista de la región del usuario. **Si en forma irregular la IPS cobró la atención de la urgencia vital al afiliado del Sistema de Salud del Magisterio, el prestador deberá reembolsar dicho dinero, tras pagar la cuenta a la IPS respectiva.**”*

Adicionalmente, establece como requisitos para la solicitud de reembolsos:

“Dentro de los ocho (8) días calendario, siguientes a la prestación del servicio, debe realizar el trámite ante la entidad prestadora de servicios de salud, presentando los siguientes documentos: carta de solicitud indicando los datos personales, lugar de residencia y lugar del servicio en que se le brindo la atención; original de la factura; copia de la orden médica de servicio y factura del servicio de transporte, resumen de la historia clínica; demás soportes que considere pertinentes.

Para efectos de pago, el prestador de salud se obliga a cancelar dentro de los 15 días hábiles siguientes a la fecha de presentación de la factura, los valores correspondientes a la atención. Queda entendido, y así lo autoriza el Prestador de salud con la suscripción del contrato, que FIDUPREVISORA S.A. descontará la suma facturada cuando se supere el plazo establecido.”

Así las cosas, encuentra la Sala que es la EPS de la accionante, FUNDACION AVANZAR FOS la encargada de asumir el pago del recobro, pues conforme a la

¹<http://www.fomag.gov.co/documents/2018/Guia%20del%20usuario/Manual%20del%20Usuario.pdf>



Guía del Usuario, expedida por la Fiduprevisora S.A, aquella debe reembolsar el dinero que genere la atención por urgencias prestada a un usuario cuando de forma irregular la IPS que prestó el servicio haya cobrado tal atención al afiliado del Sistema de Salud del Magisterio. Para ello, el prestador de salud cuenta con un plazo de 15 días hábiles siguientes a la presentación de la factura por parte del usuario, para proceder al pago de los valores correspondientes a la atención.

No obstante, se advierte a la Fiduprevisora S.A que de no efectuarse el pago por parte de FUNDACION AVANZAR FOS dentro del término establecido, conforme a los parámetros de la Guía anteriormente mencionada, deberá descontar la suma facturada cuando se supere el plazo establecido; ello en virtud del contrato de fiducia que celebró, con la finalidad de responder por las obligaciones dinerarias que tiene a su cargo el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entendiendo que este, al no contar con personería jurídica, según el artículo 3 de la Ley 91 de 1989, no puede asumirlas por su cuenta, sino a través de la Fiduciaria que actúa como su vocera y administradora.

Cabe resaltar que conforme al contrato de prestación de servicios médico asistenciales No. 12076-006-2012 entre el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A. y la UNIÓN TEMPORAL UT ORIENTE REGIÓN 5 se encuentra como funciones del contratante, cláusula quinta, numeral 2: *“ejercer las funciones de supervisión y vigilancia de la ejecución del contrato en forma directa o a través de terceros, haciendo seguimiento a todos los compromisos y obligaciones adquiridas por el contratista, de manera permanente, teniendo en cuenta, entre otros los indicadores de gestión, los aspectos relevantes de las quejas de los usuarios y los informes mensuales de los Comités Regional”*

Por consiguiente, no tendrá más esta Sala de decisión que **CONFIRMAR** la decisión de primera instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,



RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: CONFIRMAR la decisión de fecha 18 de febrero de 2021, proferida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional, por las razones anteriormente expuestas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200424-01

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

Magistrado Ponente: LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR

**PROCESO SUMARIO INSTAURADO POR TRACTO CARGA LTDA contra
SALUD TOTAL EPS.**

En Bogotá D. C., a los cinco (5) días del mes de mayo del año 2022, el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros de la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

Decide el Tribunal el recurso de **APELACIÓN** interpuesto por la parte accionada, contra el fallo proferido por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, el 8 de junio de 2021 (fls. 38 a 43).

ANTECEDENTES

La empresa **TRACTO CARGA LTDA.** acude a la presente acción a efectos de que, mediante sentencia judicial, se **ordene** a **SALUD TOTAL EPS S.A.** a reconocer y pagar su licencia de paternidad de 8 días hábiles desde el 15/05/2018 hasta el 27/05/2018 generada al trabajador ANDRÉS DAVID LEÓN PEÑUELA.

Fundamenta sus pretensiones en los supuestos fácticos visibles a folios 1 a 2 del expediente, que en síntesis refieren que la empresa TRACTO CARGA LTDA. tiene como colaborador al señor ANDRÉS DAVID LEÓN PEÑUELA

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

afiliado al régimen contributivo en SALUD TOTAL EPS desde el 05/02/2018, que el señor LEÓN PEÑUELA tuvo una licencia de paternidad de 8 días hábiles desde el 15/05/2018 hasta el 24/05/2018, que la empresa radicó los documentos para el pago y reconocimiento de la licencia de paternidad por el portal del empleador de SALUD TOTAL EPS S.A. el día 28/05/2018, que SALUD TOTAL EPS S.A. niega el pago de la licencia remunerada de paternidad fundamentados en la sentencia C-663 de 2009, que dicha sentencia es inadmisibles teniendo en cuenta que la Ley 1822 del 4 de enero de 2017 modificó los artículos 236 y 239 del CST relacionados con la licencia de maternidad y paternidad y por ellos se radicó derecho de petición ante SALUD TOTAL EPS S.A. el 14/08/2018 solicitando el pago de la licencia de paternidad y se anexaron las planillas de seguridad social, que SALUD TOTAL EPS S.A. respondió señalando que de acuerdo a la relación de pagos se presenta interrupción de la cotización y que bajo ese orden de ideas no cumple con la continuidad de los períodos de cotización dejando claro que el período de gestación de la madre fue superior al número de semanas cotizadas de forma ininterrumpida por el empleado al sistema durante el período de gestación, que el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad implica garantizarle al infante la presencia de su progenitor en las horas siguientes a su nacimiento brindándole cariño, atención, apoyo y seguridad física.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

SALUD TOTAL EPS S.A. contestó señalando que el reconocimiento y pago de las licencias de paternidad se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos del Decreto 2353 de 2015, el cual denota la exigencia de que el trabajador hubiera realizado las cotizaciones durante todo el tiempo de gestación de la madre de su hijo con anterioridad al reconocimiento de la licencia de paternidad correspondiente a 40 pagos completos e ininterrumpidos, esto es, cada período de cotización debió haberse efectuado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

de 30 días cada uno de manera continua, condición que no se cumplió por parte del trabajador, por cuanto las cotizaciones en salud fueron de manera incompleta. Indica que el derecho al pago y reconocimiento de las Licencias de Paternidad se encuentra limitada por lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 (vigente para la época de ocurrencia de los hechos) y que el Ministerio de Salud y Protección Social por medio de la Circular 062 de 2011 dispuso en relación con la compensación de los valores que debe reconocer a las EPS por concepto del pago de incapacidades de paternidad a sus afiliados que se debe verificar la antigüedad la cual debe ser de 9 meses hacia atrás del inicio de la licencia y debe haber cotizado al menos 270 días que deben ser continuos, es decir, para los 9 meses de verificación y por cada mes, debe tener 30 días cotizados.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, puso fin a la acción mediante decisión del 08 de junio del 2021, en la cual dispuso **acceder** a las pretensiones formuladas por la empresa TRACTO CARGA LTDA, en contra de SALUD TOTAL EPS S.A., **ordenó** a SALUD TOTAL EPS S.A. a reconocer y pagarle a la demandante la suma de \$260.414 en el término de 5 días contados a partir de la ejecución de la presente providencia. (folios 38 a 43).

Como **sustento a su decisión**, señaló que, encuentra debidamente probado que el señor DAVID ANDRÉS LEÓN PEÑUELA fue vinculado laboralmente con la empresa TRACTO CARGA LTDA., desde el 16/12/2016 tal como se evidencia en el contrato de trabajo a término fijo, que el pago de la licencia de paternidad por parte del SGSSS debe cumplir con el cumplimiento de ciertos requisitos y teniendo en cuenta la fecha en que se generó la licencia de paternidad, la norma aplicable se conforma por el artículo 236 del CST modificado por el artículo 1° de la Ley 1822 del 4 de enero de 2017.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

Que, respecto al requisito de aportes durante las semanas previas al nacimiento, señala que a través de la Ley 755 de 2002 (Ley María) se creó sobre el padre, el derecho a la licencia de paternidad y estableció sobre las EPS el cargo de pagarlas. Se reguló su reconocimiento por el término de 4 días siempre que el padre fuera único cotizante o de 8 días si ambos padres cotizaban y entre otras cosas se exigía haber cotizado un mínimo de 100 semanas (700 días) previos a la licencia. Posteriormente, la Corte Constitucional declara inexecutable la condición de las 100 semanas previas de cotización por ser violatorio del principio de igualdad respecto a lo que se le exigía a la madre respecto a las semanas de cotización, por lo que se reduce el período mínimo de cotización para acceder a la licencia de paternidad de 100 semanas al período de gestación de la madre. Luego, con la ley 1486 de 2011 que modificó nuevamente el artículo 236 del CST que no determinó de forma expresa el período mínimo de cotización por parte del padre, por el contrario, establece el requisito de una forma abstracta y amplia en semanas previas. Se expide la Ley 780 de 2016 que en su artículo 2.1.13.3 señalaba que la cotización se hubiese efectuado durante los meses que correspondían al período de gestación de la madre, norma derogada por el artículo 3° de la Ley 1822 de 2017, que modificó nuevamente el artículo 236 del CST exigiendo un período mínimo de cotización de semanas previas, semanas que a juicio del despacho, entiende como DOS el mínimo plural de semanas, número que resulta coherente con los días que se otorgan de licencia de paternidad. Respecto al financiamiento de las licencias de paternidad esta tiene como fuente las cotizaciones que realizan los afiliados, es decir, el derecho a recibir el pago de la licencia deriva de la participación del usuario como contribuyente.

Verificadas las copias de las Planillas Únicas de Autoliquidación de aportes visibles en digital a través de NURC No. 1-2019-599767 del expediente se evidencia que el demandante cumplió con los requisitos del artículo 236 del

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

CST y s.s. modificado por la Ley 1822 de 2017, observándose un período mínimo de cotización de dos semanas previas al nacimiento del menor el 14 de mayo de 2018, pues en el mes de abril, se evidencian 30 días de cotización al SGSSS a través de SALUD TOTAL EPS S.A. El despacho concluye que se evidencia un período mínimo de cotización de dos semanas previas al nacimiento, que la licencia deprecada fue efectivamente pagada por el demandante en favor de su trabajador, que los aportes fueron cancelados oportunamente, que no se evidencia suspensiones por parte de la EPS por mora en los dos meses anteriores a la licencia de paternidad de la afiliación y prestación de servicios de salud y no se evidencian acciones de cobro ante la demandante y/o le haya informado sobre la presunta mora por lo que se cumplen con los requisitos para el reconocimiento y pago de la incapacidad solicitada por el demandante de conformidad con el Decreto 780 de 2016.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **accionada SALUD TOTAL EPS S.A.** interpone recurso de apelación señalando que el reconocimiento y pago de las licencias de paternidad se encuentran sujetos al cumplimiento de los requisitos del Decreto 2353 de 2015, el cual denota la exigencia de que el trabajador hubiera realizado las cotizaciones durante todo el tiempo de gestación de la madre correspondiente a 40 pagos completos e ininterrumpidos, esto es, cada período de cotización debió haberse efectuado de 30 días cada uno de manera continua, condición que no se cumplió por parte del trabajador, por cuanto las cotizaciones en salud fueron de manera incompleta. Indica que el derecho al pago y reconocimiento de las Licencias de Paternidad se encuentra limitada por lo establecido en el artículo 21 del Decreto 1804 de 1999 (vigente para la época de ocurrencia de los hechos) y que el Ministerio de Salud y Protección Social por medio de la Circular 062 de 2011, dispuso en relación con la compensación de los valores que debe reconocer a las EPS por concepto del

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

pago de incapacidades de paternidad a sus afiliados que se debe verificar la antigüedad la cual debe ser de 9 meses hacia atrás del inicio de la licencia y debe haber cotizado al menos 270 días que deben ser continuos, es decir, para los 9 meses de verificación y por cada mes, debe tener 30 días cotizados. Adicional a lo anterior, debe tener en cuenta que el protegido y/o empleador tuvieron que haber realizado el pago oportuno de las cotizaciones a más tardar el día del nacimiento del menor, situación que no sucedió.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de decisión determinar si procede el reconocimiento de la licencia de paternidad solicitada, para lo cual se analizará si debe exigirse el requisito establecido en el Decreto 2353 de 2015, consistente en que acredite cotizaciones al sistema de seguridad social en salud durante todo el periodo de gestación de la madre.

En el presente asunto, no existe controversia respecto a que el señor DAVID ANDRÉS LEÓN PEÑUELA se vinculó laboralmente a la empresa TRACTO CARGA LTDA el 16 de diciembre de 2016 y que le fue concedida licencia de paternidad para el periodo comprendido entre el 15 de mayo al 24 de mayo de 2018 (fl.6) y que sufragada por el empleador.

Así las cosas, procede la Sala resolver el problema jurídico, debe tenerse en cuenta que 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

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

existencia, permitiéndoles, no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre.

Frente a la normatividad aplicable, teniendo en cuenta la fecha de nacimiento del menor (14 de mayo de 2018), no es otra que la Ley 1822 de 2017, que, en su parágrafo segundo, señala:

“ARTÍCULO 1°. 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 2°. 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 la fecha del nacimiento del menor.

*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**".*
(negrilla y subrayado fuera del texto original).

En consideración a los requisitos dispuesto en la norma en cita, considera el recurrente que las semanas de cotización al sistema de seguridad social en salud debe ser de todo el periodo de gestación de conformidad con el Decreto 2353 de 2015, conforme a ello es pertinente traer a colación la sentencia **T- 114 de 2019**, en la cual la Corte Constitucional en el análisis de esos mismos argumentos llegó a la conclusión de que en la Ley 1822 de 2017, 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

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

anterior, la determinación del requisito mínimo de cotización debe ceñirse a la aplicación del **principio de favorabilidad** consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política y tener en cuenta los criterios interpretativos dados por la jurisprudencia constitucional en la materia, aunado que teniendo en cuenta que la Ley 1468 de 2011, fue derogada por la Ley 1822 de 2017, el artículo 80 del Decreto 2353 de 2018, perdió su sustento jurídico normativo.

Sosteniendo que, de la lectura literal del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017, se podía 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, indicando textualmente:

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

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

Al respecto, se debe decir que el contenido normativo dispuesto en el Decreto 2353 de 2015 compilado en el Decreto 780 de 2016 perdió su fuerza ejecutoria a causa del fenómeno jurídico del decaimiento del acto

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

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.

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 inaplicable mediante la excepción de inconstitucionalidad.

(...)

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.

Si bien la Ley 755 de 2002 no está vigente, es claro que las reglas jurisprudencialmente establecidas para la licencia de maternidad^[92] 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^[93]. 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”.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

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^[94]. 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^[95].

(...)

En efecto, se probó que la subsistencia del accionante y su núcleo familiar se ve seriamente afectada por la falta de pago de los dineros correspondientes a la licencia de paternidad, pues dicho tiempo fue efectivamente tomado por el accionante para cuidar a su hijo recién nacido, por lo que no recibió el pago de su salario y adicionalmente su pareja no tiene trabajo estable, por lo que no fue beneficiaria de licencia de

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

maternidad. Por otro lado, lo anterior no se corresponde con el hecho probado, de que bajo el análisis de la Superintendencia de Salud, los aportes al SGSSS realizados por el accionante cubrieron efectivamente la posibilidad financiera de realizar el pago de la prestación solicitada de manera sostenible.

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

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

De acuerdo con lo expuesto, el accionante cumplió el requisito legal establecido para que procediera el pago de la licencia de paternidad peticionada, pues realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad el día 15 de mayo de 2018. 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”.

Siguiendo los parámetros jurisprudenciales anotados, el *a quo* no incurrió en error al haber ordenado el pago de la licencia de paternidad solicitada al quedar demostrado un periodo mínimo de cotización de dos semanas previas al nacimiento del menor y no haber existido mora en los dos meses anteriores a la licencia de paternidad, razón por la cual se **confirmará** la decisión de primera instancia.

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por la SUPERINTENDENCIA DELEGADA PARA LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y DE CONCILIACIÓN, de fecha 8 de junio de 2021, conforme a los razonamientos expuestos en esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

República de Colombia



Tribunal Superior Bogotá

Sala Laboral

SUMARIO EXP. 110012205000202200189 01