



REPÚBLICA DE COLOMBIA



JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN DE SENTENCIAS DE CALI SENTENCIA DE TUTELA No.138

Santiago de Cali, veintiocho (28) de junio de dos mil veintitrés (2023)

Asunto: ACCIÓN DE TUTELA

Accionante: OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ

Accionado: COMFENALCO EPS

Radicación: 008-2023-00138

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Procede el despacho a resolver sobre la solicitud de amparo constitucional elevada por **OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ** en nombre propio contra **COMFENALCO EPS**, por la presunta vulneración del derecho fundamental al mínimo vital y móvil.

II. ANTECEDENTES

A. HECHOS

Manifiesta el accionante en su escrito de tutela que:

- Es afiliado a COMFENALCO VALLE EPS, en calidad de cotizante dependiente, cancelando aportes de manera ininterrumpida.
- Que como fruto de su relación sentimental con la señora Yenni Luzeidi González, el 9 de octubre de 2022 nace su hija, SAMARA SERNA GONZALEZ.
- Indica que a partir del 9 de octubre y por dos semanas disfruto en tiempo de su licencia de paternidad, pero habiendo radicada la misma para su respectivo cobro ante la entidad accionada, la misma no ha dado respuesta a la solicitud.

B. DERECHO VULNERADO Y PRETENSIONES

La parte actora reclama el amparo constitucional de su derecho fundamental al mínimo vital y móvil, pretendiendo que se ordene a **COMFENALCO EPS**, realice el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad a la que tiene derecho, en virtud del nacimiento de su hija el día 9 de octubre de 2022.

C. INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

C.1. COMFENALCO EPS

Mediante escrito de contestación presentado a través apoderado judicial, señalo lo siguiente:

“Señor Juez, atendiendo a la solicitud realizada se procede a validar en nuestro sistema el estado de la incapacidad del usuario OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ CC 1118304927 la cual se encuentra NO AUTORIZADA a cargo del Empleador COMERCIALIZADORA LAGOGRANDE SAS NIT:901437721. El usuario se encuentra afiliado a la EPS Comfenalco Valle en calidad Cotizante Dependiente: Es de aclarar que la obligación del empleador cancelar las incapacidades en la periodicidad de la nómina sin que se vea afectado el trabajador de acuerdo a la Circular 011 del 1995 y Decreto 019 de 2012 Ley Anti trámites. Por lo anterior es importante vincular al empleador para verificar el pago de las incapacidades que son objeto de la demanda. De acuerdo al Decreto 1427 del 29 de julio del 2022. Licencia de maternidad y de paternidad. Artículo 2.2.3.2.1 Condiciones para el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad. Para el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la licencia de maternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requerirá que la afiliada, acredite las siguientes condiciones al momento del parto: 1. Estar afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante y en estado activo. 2. Haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación. 3. Contar con el certificado de licencia de maternidad expedido por el médico de la red de la entidad promotora de salud o entidad adaptada o validado por esta. Habrá lugar al reconocimiento de la licencia de maternidad siempre y cuando el pago de la totalidad de las cotizaciones correspondientes al periodo de gestación se haya realizado máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia junto con sus intereses de mora, cuando haya lugar. A las afiliadas que hubieren cotizado por un período inferior al de la gestación, se les reconocerá y pagará proporcionalmente como valor de la licencia de maternidad, un monto equivalente al

número de días cotizados frente al período real de gestación, salvo lo previsto en el artículo 2.2.3.2.3 de este Decreto, para las trabajadoras independientes con un ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual vigente. Lo anterior, la fecha límite del aporte de la empresa de acuerdo a sus últimos dígitos (21) en el mes de Enero correspondía al 05/01/2023 y de acuerdo a la base de datos de la EPS realizaron el aporte el día 11/01/2023. Además, durante el periodo de gestación en el año 2022 desde el 29 del mes de Julio, fecha en la cual empezó a regir el decreto, la empresa realizó aportes No oportunos”

III. CONSIDERACIONES

A. COMPETENCIA

En el presente caso, es competente el Juzgado para dictar sentencia de primer grado de conformidad con el Art. 86 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 27 a 30 del Decreto 2591 de 1991.

B. PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico que debe resolver esta instancia se contrae en determinar si **COMFENALCO EPS**, se encuentra vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital del señor **OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ.**, al no reconocer el pago de licencia de paternidad reclamada.

Para resolver el problema jurídico planteado, El Juzgado 8 Civil Municipal de Ejecución de Sentencias de Cali abordara los siguientes temas de índole constitucional: (i) la naturaleza y concepto de la licencia de paternidad; (ii) la regla de cotización de las “*semanas previas*” al reconocimiento de la licencia de paternidad; y (iii) las personas y entidades responsables de pagar la licencia de paternidad a los trabajadores dependientes; para con las consideraciones que de allí se desprendan resolver el problema jurídico en el (iv) caso concreto.

(i). Naturaleza y concepto de la licencia de paternidad

Tenemos que La licencia de paternidad encuentra fundamento en los artículos 42 y 44 de la Constitución. Tal y como lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional en varias

oportunidades, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior de los niños y niñas, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y la atención durante los primeros días de su existencia, permitiéndoles, no solo la compañía permanente de la madre, sino también la del padre. (Sentencia T-190 de 2016)

Al momento de expedir la Ley 50 de 1990 que reconocía el mencionado derecho, el Legislador consideró que la presencia del padre durante los primeros días de vida del recién nacido es fundamental para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirve para que se afiancen las relaciones paterno-filiales. Es así como en su artículo 34 disponía que:

“PARÁGRAFO. La trabajadora que haga uso del descanso remunerado en la época del parto podrá reducir a once (11) semanas su licencia, cediendo la semana restante a su esposo o compañero permanente para obtener de éste la compañía y atención en el momento del parto y en la fase inicial del puerperio”.

En armonía con lo anterior, se expidió la Ley 755 de 2002 que consagraba la licencia de paternidad como una prestación autónoma, por oposición al modelo previsto anteriormente que contemplaba su acceso sujeto a la cesión de una semana de la licencia de maternidad.

En la actualidad, la licencia de paternidad se encuentra regulada por lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho a obtener el reconocimiento de la licencia de paternidad permite *“garantizar al infante que el progenitor estará presente y lo acompañará durante las primeras horas siguientes a su nacimiento, brindándole el cariño, la atención, el apoyo y la seguridad física y emocional necesaria para su desarrollo integral, con miras a la posterior incorporación del menor a la sociedad”.* (Sentencia C-383 de 2012)

En tales términos la licencia de paternidad está concebida como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y protección y que, además, cuente con los medios económicos para garantizar su mínimo vital. (Sentencia C-633 de 2009)

En sentencia T144 de 2019, estableció la Corte Constitucional:

“Cabe precisar que, el derecho a gozar de la licencia de paternidad permite el ejercicio de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental^[64]. Igualmente, contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños. Así pues, además de constituir un derecho autónomo, la licencia de paternidad es una medida adoptada por el Estado para que los padres trabajadores puedan conciliar el trabajo y la vida familiar no solo desde el cumplimiento de sus deberes parentales, sino mediante una prestación como primer paso para el reparto de las labores de cuidado de los hijos de forma más equitativa.

37. En suma, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo^[65]. Por último, configura un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.”

(ii). Cotización de las “semanas previas” para acceder al pago de la licencia de paternidad.

Desde la expedición de la Ley 755 de 2002 y hasta que se profirió la Sentencia C-633 de 2009, el padre del recién nacido que solicitara el pago de la licencia de paternidad debía cotizar durante las cien (100) semanas previas al nacimiento para acceder a dicha garantía laboral.

Sin embargo, la Sentencia C-633 de 2009 declaró la inexecutable de dicho requisito, pues de acuerdo con su *ratio* es válido que el Legislador exija un periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación con el fin de proteger el equilibrio económico del Sistema de Seguridad Social en Salud. No obstante, dicho periodo mínimo debe ajustarse a parámetros de razonabilidad que no signifiquen un sacrificio desproporcionado de derechos fundamentales. Así mismo, la decisión indicó que no se podría exigir la cotización de un número mayor de semanas a las que se exigía para reconocer el pago de la licencia de maternidad, en la medida que era la situación fáctica más cercana al caso concreto.

La Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002, de manera que estableció un nuevo criterio legislativo según el cual se debía cotizar durante las “*semanas previas*” al reconocimiento de la licencia de paternidad, sin especificar el número mínimo de dichas semanas. De esa manera, el Legislador evitó reproducir el contenido de la norma declarado inexecutable por la Sentencia C-633 de 2009 y generó un nuevo contexto normativo sustancialmente distinto al establecido por la Ley 755 de 2002.

Precisamente, a partir de dicho contexto normativo, algunas autoridades estatales entendieron que la disposición legal exigía la cotización mínima e ininterrumpida de dos (2) semanas al SGSSS para poder acceder al reconocimiento y pago de la respectiva licencia de paternidad. Dicha interpretación fue asumida específicamente por la Superintendencia de Salud, entidad de carácter técnico que funge como cabeza del Sistema de Inspección, Vigilancia y Control del SGSSS. (Decreto 2462 de 2013. Artículo 1)

Con la expedición de la Ley 1822 de 2017, actualmente vigente y que derogó la Ley 1468 de 2011, el Legislador reiteró que se debía cotizar durante las “*semanas previas*” al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad. Por lo tanto, la Superintendencia de Salud retomó el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación.

(iii). Responsable del pago de la licencia de paternidad a los trabajadores dependientes

De conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado.

Por su parte, la EPS verifica la procedibilidad del pago solicitado en los términos del párrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018 y desembolsa los dineros respectivos al empleador en el caso de los trabajadores dependientes. De esta manera, observa la radicación del Registro Civil de Nacimiento del menor de edad en los 30 días siguientes al nacimiento y efectúa el pago al empleador, si el trabajador cotizó durante las “*semanas previas*” al reconocimiento de la licencia de paternidad.

Al respecto estableció la Corte en la sentencia T144 de 2019:

“Realizado el pago de la licencia de paternidad, la EPS procede a recobrar los dineros ante la ADRES^[83] mediante el proceso de compensación reglado en los artículos 2.6.1.1.2.1. y subsiguientes del Decreto 780 de 2016. En el curso de dicho proceso administrativo las EPS recobran las licencias de maternidad y paternidad el último día hábil de la tercera semana del mes respectivo^[84].

Ahora bien, es pertinente precisar que en el reconocimiento y pago de las licencias de paternidad no se aplica lo establecido en la Resolución 1885 del 2018 del Ministerio de Salud. Lo anterior, pues esa resolución establece las exclusiones del Plan de Beneficios, que se refiere a su vez, al conjunto de tecnologías en salud a que tienen derecho los afiliados del SGSSS, y no a prestaciones económicas a las que también tienen derecho los afiliados, como la licencia de paternidad.

En este sentido, de conformidad con la Ley 100 de 1993, los afiliados al SGSSS gozan del derecho a acceder: por un lado, al conjunto de tecnologías en salud comprendidas por el Plan de Beneficios; y por el otro, a las prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad no profesional, entre las que se encuentran la licencia de paternidad^[85].

En esta medida, dado que el Plan de Beneficios^[86] se refiere a un conjunto de tecnologías en salud, es claro que la licencia de paternidad no goza de la naturaleza de los servicios consagrados en dicho plan, y no puede ser excluida del mismo pues nunca ha hecho parte de él. No obstante, el acceso a ambas garantías prestacionales (tecnologías del Plan de Beneficios y prestaciones económicas derivadas de la maternidad y la enfermedad de origen común) está asegurado como un derecho del afiliado del SGSSS^[87].

En conclusión, el recobro que procede en este caso entre la EPS responsable del pago de la prestación económica y la ADRES no atiende al cobro excepcional que se surte cuando se reconoce al usuario del sistema de salud un procedimiento excluido en el Plan de Beneficios. Este caso se refiere a una hipótesis distinta, en la que procede el recobro administrativo reglado por el proceso de compensación que se realiza ante el pago de una prestación económica a la que tiene derecho de manera ordinaria el usuario del SGSSS, tal y como sucede en los casos de la licencia de maternidad^[88].

51. Conforme lo expuesto, puede observarse la manera en la que se financian los dineros cancelados por concepto de licencia de paternidad a partir de los aportes en salud realizados por los afiliados al régimen contributivo del SGSSS.

Finalmente, es posible que se presente un escenario en el que exista un historial de cotizaciones del usuario al SGSSS que comprometa la realización de aportes a partir de distintos empleadores y hacia diferentes EPS. En dicho caso, los obligados a realizar el pago de la licencia de paternidad son, en primer lugar, el empleador actual en virtud de su vínculo contractual y del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 y, en segundo término, la EPS actual que perciba los aportes del usuario del sistema contributivo del SGSSS, de conformidad con el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018.

En principio, no hay restricciones reglamentarias para que un afiliado se traslade de EPS durante el periodo previo al nacimiento del menor de edad, en razón de la licencia de paternidad^[69]. De otra parte, tampoco existen disposiciones legales que comprometan como responsable del pago de la prestación a las EPS a las que con anterioridad haya estado afiliado el usuario, aun cuando se haya surtido un traslado durante el periodo de gestación respectivo.”

(iv). Caso concreto.

La parte actora manifiesta ver afectado su derecho fundamental al mínimo vital y a la vida en condiciones dignas, en virtud de que, la entidad COMFENALCO EPS no autorizó el pago de licencia de paternidad, en virtud del nacimiento de su hija, el 9 de octubre de 2023, alegando mora en el pago de aportes.

Con el escrito de tutela adjunta como pruebas de la parte actora:

- Cedula de ciudadanía
- Certificado de nacido vivo
- Epicrisis
- Registro civil de nacimiento
- Solicitud de reconocimiento de prestaciones económicas
- Certificado de pago de aportes de junio de 2022 a febrero de 2023

Por su parte la entidad accionada reconoce la existencia de la licencia de paternidad, sin embargo, argumenta que no fueron autorizadas en virtud de mora en los pagos de los periodos de causación de la señalada licencia.

Teniendo en cuenta lo señalado por las partes, el precedente jurisprudencial y las pruebas recaudadas en este trámite constitucional, no son atendibles las razones expuestas por COMFENALCO EPS, respecto a la negativa a efectuar el pago de licencia de paternidad

reclamada por el señor **OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ**, pues recordemos lo ya citado con anterioridad respecto al allanamiento en la mora:

“En consecuencia, en virtud de la doctrina desarrollada por esta Corporación relativa al “allanamiento en la mora”, las E.P.S. se encuentran imposibilitadas para negarse a efectuar el reconocimiento de una incapacidad laboral cuando quiera que se efectuó el pago extemporáneo de las cotizaciones por parte del empleador o del trabajador independiente y se omitió rechazar su pago o emprender las acciones legales orientadas a su cobro judicial.”

Razón más que suficiente para establecer que actualmente, la entidad accionada esta vulnerando el derecho fundamental al mínimo vital de la actora, debiéndose resolver la presente acción constitucional, concediéndose y ordenado el pago de las incapacidades medicas reclamadas.

V. DECISIÓN

*En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCION DE SENTENCIAS DE SANTIAGO DE CALI**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.*

VI. RESUELVE

PRIMERO: CONCEDER la tutela de los derechos fundamentales de la salud, vida digna, seguridad social, mínimo vital y móvil de la señora **OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ**, contra **COMFENALCO EPS** , por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de **COMFENALCO EPS** , o al funcionario a cargo del área respectiva, que en el término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, **RECONOZCA Y PAGUE** al señor **OSCAR EDUARDO SERNA GOMEZ** licencia de paternidad reclamada en esta acción. Lo anterior, conforme con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: NOTIFICAR inmediatamente de este fallo a las partes, quienes podrán impugnarlo dentro de los tres (3) días siguientes, quien para ello deberá acreditar la fecha exacta en que fueron notificados. De no hacerlo, remitir el expediente a la Corte Constitucional, para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE
EL JUEZ,
CESAR AUGUSTO MORENO CANAVAL

