



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Bogotá D. C., 21 de julio de 2020

Acción de Tutela N° 2020-00173 de JEISON ALBERTO CAÑÓN BERNAL contra SANITAS EPS

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la Acción de Tutela promovida por Jeison Alberto Cañón Bernal contra Sanitas EPS, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social.

ANTECEDENTES

Hechos de la Acción de Tutela

Reseñó que se encuentra cotizando a la EPS Sanitas desde junio de 2019, en calidad de dependiente de la empresa CJ Construcciones Integrales S.A.S. la cual ha realizado los pagos en salud de manera continua e ininterrumpida.

Sostuvo que el 16 de enero de 2020 nació su hijo Jerónimo Cañón Zipa en la Clínica Palermo de Bogotá, por lo que según la Ley 1822 de 2017 tiene derecho al pago de la licencia de paternidad.

Afirmó que el 26 de marzo de 2020, solicitó a la EPS el pago de la licencia de paternidad a la que a su parecer tiene derecho; sin embargo, la EPS le indicó que no procedía dado que no cumplía con el periodo mínimo de cotización.

Reseñó que ha cotizado de manera continua 7 meses sin interrupción ante Sanitas EPS, por lo que cotizó la mayor parte del tiempo de gestación de su hijo por lo que le corresponde el pago de incapacidad de manera total.

Adujo que la situación económica de su familia es difícil y que la falta de pago de la licencia afecta su mínimo vital dado que no posee ingresos adicionales con los que pueda sufragar sus necesidades, las de su esposa y las de su hijo recién nacido, pues aseveró que es quien paga arriendo, servicios públicos, alimentación, transportes, pañales y tarros de leche del menor.

Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo expuesto, el accionante pretende que se amparen sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social y, en consecuencia, pide que se ordene a la encartada que reconozca y pague la licencia de paternidad.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 7 de julio del 2020, por medio del cual se ordenó vincular a la empresa CJ Construcciones Integrales S.A.S. y se ordenó librar comunicación a la accionada y a la vinculada con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente.

Sin embargo, la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S. guardó silencio frente al requerimiento efectuado por esta sede judicial.

CONTESTACIÓN

Sanitas EPS a través de su representante legal para temas de salud y acciones de tutela solicitó declarar improcedente la tutela dado que el accionante no cumplió con el periodo mínimo de cotización y no existe vulneración de los derechos fundamentales, porque el promotor pretende derechos de tipo económico, los cuales deben ser reconocidos por su empleador.

Indicó que al validar la documentación encontró que al actor se le expidió la licencia 56257831 por 8 días hábiles comprendidos desde el 16 al 27 de enero de 2020, la cual, fue expedida sin tener derecho a la prestación económica por no cumplir el periodo mínimo de cotización.

Mencionó que el accionante cotizó 28 semanas versus 38 semanas de gestación y que para que tuviera derecho debió cotizar de forma continua desde mayo de 2019 a enero de 2020 para un total de 9 meses.

Sostuvo que de acuerdo con el reporte del ADRES se constató que cotizó en Compensar EPS hasta febrero de 2019 y nuevamente presenta cotización de julio de esa anualidad, por lo que las semanas de cotización debías ser iguales o superiores al periodo gestacional de conformidad al artículo 2.1.13.3 del *"Decreto 780 de 2018 (SIC)"*.

Por otra parte, indicó que de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 19 de 2012 es la empresa del trabajador quien directamente debe pagar al trabajador la licencia de paternidad y que le es extraño que el promotor se encuentre adelantando los trmites ante la EPS ya que es función del empleador CJ Construcciones Integrales S.A.S. dado que debe pagar directamente al empleador y luego realizar la gestión ante la EPS.

CONSIDERACIONES

El artículo 86 de la carta magna tiene establecida la acción de tutela como un instrumento jurídico que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

No obstante, se resalta que para que la acción de tutela sea procedente se requiere el estudio del cumplimiento de los requisitos de legitimación por activa; legitimación por pasiva, la trascendencia *iusfundamental* del asunto, la evidente afectación actual de un derecho fundamental (inmediatez) y el agotamiento de los mecanismos judiciales disponibles, salvo la ocurrencia de un perjuicio irremediable (subsidiariedad), esta última contemplada en el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991.

Es decir, que en principio la acción de tutela es improcedente cuando existen otro medio de defensa judicial para la protección de los derechos de los ciudadanos, a menos que, se concluya que ese mecanismo no resulta eficaz ni idóneo, dada la presencia de una amenaza u ocurrencia de un perjuicio irremediable que esté debidamente probada, momento a partir del cual se activa el estudio de la acción constitucional en aras de verificar la vulneración de los derechos fundamentales.

Sobre la licencia de paternidad

Frente a este punto, es importante reseñar que la licencia de paternidad se fundamenta en los artículos 42 y 44 de la Constitución política de Colombia como bien lo ha dicho la jurisprudencia de la Corte Constitucional¹ ya que desarrolla el principio del interés superior de los niños y niñas garantizando el cuidado y atención que requieran durante los primeros días de su existencia permitiendo la compañía de sus padres.

Por otra parte, la jurisprudencia constitucional ha indicado que al obtenerse la licencia de paternidad se permite garantizar al infante que su progenitor esté presente y lo acompañe en sus primeros días siguientes al nacimiento, donde le puede brindar su cariño, atención, apoyo y seguridad física y emocional las cuales son necesarias para su desarrollo para que posteriormente pueda ser incorporado en la sociedad.

Ahora si bien la Ley 755 de 2002 modificó el párrafo del artículo 236 del CST, donde reconoció por primera vez la licencia de paternidad como un derecho laboral de los padres que son trabajadores, lo cierto es que se establecían 2 requisitos para dicho reconocimiento y eran que el padre presentara el Registro Civil de Nacimiento del recién nacido ante la EPS y que el padre hubiera cotizado 100 semanas previas al reconocimiento de la licencia.

Frente a ello, la Corte Constitucional mediante Sentencia C- 633 de 2009, declaró inexecutable lo señalado en la Ley 755 de 2002 al referir "100 semanas" por ser desproporcionado y señaló que *"se requerirá que el padre haya estado cotizando*

¹ Sentencia T-190 de 2016



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad".

Es por ello que la Ley 1468 de 2011 derogó la ley en comento y de nuevo modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y reseñó que para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se requería presentar el Registro Civil de Nacimiento del menor dentro de los 30 días siguientes y que el padre hubiese cotizado "semanas previas" al reconocimiento de la licencia.

Posteriormente, el Decreto 2353 de 2015 *"Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud"* reseñó sobre la licencia de paternidad y añadió que para el pago de esta prestación se requiere que el afiliado cotizante hubiese efectuado aportes durante los meses que correspondan al periodo de gestación de la madre y que no habría lugar al reconocimiento proporcional cuando se hubiese cotizado por un periodo interior al de la gestación.

Por otro lado, el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016 recopiló lo señalado por el Decreto 2353 de 2015 y la Ley 1822 de 2017 de nuevo indicó que el padre debe haber cotizado *"semanas previas"* para el reconocimiento de la licencia de paternidad.

Ahora bien, en cuanto a la cotización de *"semanas previas"* la Corte constitucional en sentencia T-114 de 2019 dispuso:

*En tal sentido, como lo manifestó la Superintendencia de Salud en su intervención en el presente proceso de tutela, en ejercicio de las funciones jurisdiccionales que le son propias profirió múltiples pronunciamientos en los cuales sostuvo que se requería de la cotización mínima de **dos (2) semanas** al SGSSS para acceder a la licencia de paternidad. De conformidad con la mencionada entidad:*

"(...) con la Ley 1468 de 2011, la cual modificó nuevamente el artículo 236 del C.S.T., y constituyó un cambio importante respecto a la licencia de paternidad, apartándose por completo de la regulación existente para la licencia de maternidad, señalando los requisitos, beneficiarios y responsables de pago (...) La Ley 1468 de 2011 no determinó de forma expresa el periodo mínimo que debe ser cotizado por parte del padre, por el contrario, establece el requisito de una forma abstracta y amplia al expresar "semanas previas". Por lo tanto, a partir del año 2011, se estableció como requisito para acceder a la licencia de paternidad la cotización mínima de las 2 semanas previas al parto, sin que puedan admitirse interpretaciones soportadas en pronunciamientos judiciales que no se encuentran vigentes, o en normas que regulan situaciones jurídicas diferentes

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. (...)"



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Caso concreto

En el presente caso, pretende el accionante el amparo de de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social y, en consecuencia, pide que se ordene a Sanitas EPS reconocer y pagar la licencia de paternidad a la que manifiesta tener derecho.

Para acreditar su pedimento, el accionante aportó en formato PDF copia de la petición que elevó su empleador la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S. el 24 de marzo de 2020 ante Sanitas EPS, donde señaló que el actor tiene derecho al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad y la respuesta de la accionada del 14 de abril de 2020, a través del cual le informó que no accedía a lo solicitado².

Así mismo, aportó copia una misiva del 2 de marzo de 2020 por parte de la EPS Sanitas a su empleador, donde manifestó que la licencia remunerada de paternidad no contaba con el periodo mínimo de cotización de conformidad al Decreto 2353 de 2015 y copia del Registro Civil de Nacimiento del 16 de enero de 2020 del menor Jerónimo Cañón Zipa³

A su vez, encuentra el Despacho que el accionante realizó los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de su empleador la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S., desde julio de 2019 hasta junio de 2020, donde se evidencia que cotizó más de 6 meses seguidos hasta el momento en que fue padre, esto es al 16 enero de 2020⁴.

Por su parte, la EPS accionada señaló que no iba a reconocer la licencia de paternidad dado que el promotor no contaba con el periodo mínimo de cotización de semanas en salud de conformidad a lo dispuesto en la ley.

Frente a ello, se tiene que al accionante le faltó cotizar 2 meses para completar el periodo de gestación correspondiente a las 38 semanas, que alega la EPS Sanitas que se requieren para el pago de la licencia de paternidad. Sin embargo, se encuentra probado que el accionante realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al nacimiento de su hijo, esto es, al día 16 de enero de 2020, pues tal y como se puede observar, efectuó el pago de los aportes correspondientes a los meses de diciembre de 2019 y enero de 2020 de manera ininterrumpida.

Es por ello que, para el Despacho, la exigencia de la EPS Sanitas de condicionar el pago de la licencia de paternidad a la correlación total entre el periodo de gestación y las cotizaciones viola los derechos del accionante a la seguridad social y al mínimo vital, dado

² Ver archivo expediente de tutela, Folio 9 a 13

³ Ver archivo expediente de tutela, Folio 14 y 20

⁴ Ver archivo 04- aporta documento accionante



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

que 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 los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad señalados por la jurisprudencia constitucional que garanticen la protección de los derechos fundamentales del accionante y que también inciden en el ejercicio de derechos de los miembros de su núcleo familiar, especialmente su hijo recién nacido.

En esto punto, se debe aclarar que si bien 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"* para el caso en concreto, 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 se encuentra vigente.

En ese horizonte y de conformidad con lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia T-114 de 2019, 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.

Así mismo, dicha sentencia señaló que

"(...) 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."

En ese mismo sentido, reseñó que la necesidad de haber cotizado por lo menos dos semanas al SGSSS es coherente con el criterio jurisprudencial sentado por la la Sentencia C-663 de 2009, dado que garantiza el equilibrio financiero del sistema de salud maximiza la protección de los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad y de su familia.

Es por ello que al tener en cuenta las circunstancias particulares del accionante y su núcleo familiar esta sede judicial observa que exigir la cotización completa e ininterrumpida correspondiente al periodo de gestación para reconocer la licencia de paternidad afecta directa y desproporcionadamente el derecho al mínimo vital del promotor, lo cual también tiene consecuencias en el ejercicio y la garantía de los derechos de su pareja y del hijo recién nacido, pues al garantizarse los derechos fundamentales del beneficiario de la licencia de paternidad, también se protegen los derechos de la madre y del recién nacido.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
República de Colombia

Así las cosas y como quiera que el accionante cumplió el requisito legal establecido para acceder al pago de la licencia de paternidad petitionada, dado que realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al nacimiento de su hijo, 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.

Por otra parte, si bien la EPS manifestó que es el empleador quien debe realizar el pago de la mencionada licencia de paternidad y posteriormente es él quien debe acudir a la EPS para el pago, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, lo cierto es, que de la documental aportada, se evidencia que la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S. realizó la solicitud del pago ante la EPS quien como ya se indicó en precedencia negó el pago dado que el actor no cumplió el tiempo de cotizaciones de manera previa al nacimiento de su hijo, por lo que será la EPS quien pague directamente al accionante la licencia de paternidad.

Así las cosas, el Despacho ordenará a la EPS Sanitas que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, realice el pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Jeison Alberto Cañón Bernal, en caso de que la EPS realice la consignación de la licencia de paternidad directamente a la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S., esta deberá transferir el valor consignado al accionante dentro de las 8 horas siguientes a la realización de la misma.

Lo anterior, con el fin de evitar trámites administrativos al señor Jeison Alberto Cañón Bernal y así prevenir que se sigan vulnerando sus derechos fundamentales a la vida, a la seguridad social y al mínimo vital junto con los de su familia.

Finalmente, es preciso aclarar que debido a las decisiones adoptadas por el Gobierno Nacional frente a la prevención del contagio del Covid 19 y por el Consejo Superior de la Judicatura en el Acuerdo PCSJA20-11519 16 de marzo de 2020 y en el parágrafo del artículo 2° del Acuerdo PCSJA20-11546 del 25 de abril de 2020 en caso de que no se impugne la presente providencia, su remisión a la Corte Constitucional se hará una vez se levante la suspensión de términos relacionada con la revisión eventual.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE:

PRIMERO: AMPARAR la protección de los derechos fundamentales al mínimo vital, a la vida y a la seguridad social del señor **Jeison Alberto Cañón Bernal** en contra de la **EPS Sanitas** de conformidad a lo expuesto.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS Sanitas** a través de su representante legal Juan Pablo Rueda Sánchez o por quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho 48 siguientes a la notificación de esta providencia, realice el pago efectivo de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Jeison Alberti Cañón Bernal.

TERCERO: ORDENAR que en caso de que la EPS Sanitas realice la consignación de la licencia de paternidad directamente a la sociedad CJ Construcciones Integrales S.A.S., esta deberá transferir el valor consignado al accionante dentro de las **8 horas** siguientes a la realización de la misma, de conformidad con lo expuesto.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

SÉPTIMO: ORDENAR que por secretaría se realice la notificación por estado electrónico, el cual deberá ser publicado en la página de la Rama Judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/web/juzgado-03-de-pequeñas-causas-laborales-de-bogota/2020n1>. Registrar la actuación una vez se disponga del acceso remoto al sistema Siglo XXI.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Comunicar en estado **N. 062** de 2020. Fijar Virtualmente.

Firmado Por:

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

JUEZ MUNICIPAL

JUZGADO 3^{er} MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Código de verificación:

2cc368b041148df0d122e00fb1260bfa52c64c35eeee0f4b8e14cb0815d0df7f

Documento generado en 21/07/2020 01:54:08 p.m.