

**JUZGADO ONCE MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES
DE BOGOTÁ D.C.**



ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001 41 05 011 2021 00241 00
ACCIONANTE: JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA
DEMANDADO: EPS FAMISANAR

S E N T E N C I A

En Bogotá D.C., a los veinte (20) días del mes de abril del año dos mil veintiuno (2021) y vencido el término legal concedido a la accionada para contestar, procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela instaurada por **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA** contra la **EPS FAMISANAR**, en los términos y para los fines concebidos en el escrito de solicitud de amparo constitucional obrante a folios 2 a 12 del presente expediente de tutela.

ANTECEDENTES

JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA, quien actúa en nombre propio, promovió acción de tutela en contra de la **EPS FAMISANAR** con la finalidad de que se protejan sus derechos fundamentales la seguridad social y el mínimo vital. En consecuencia, solicita que se ordene a la accionada realizar el pago de la licencia de paternidad concedida.

Como fundamento de la solicitud de amparo constitucional, indicó que desde el 01 de octubre del año 2020 labora para la entidad Carbón 100 S.A.S bajo la modalidad de un contrato a término indefinido, en el Sistema de Seguridad Social en Salud se encuentra afiliado a la accionada, en data del 17 de enero del año curso nació su hija, por lo que, presentó los documentos correspondientes ante la Entidad Prestadora del Servicio de Salud para que se efectuara el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad.

Aduce que su empleador no se encuentra en mora en el pago de aportes a la seguridad social, sin embargo, y a pesar de que se elevó derecho de petición en el que se pretendió que se cancelara la prestación económica, la EPS no accedió a lo pretendido; situación que, vulnera sus derechos fundamentales.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

Notificadas en debida forma, y corridos los traslados correspondientes, tanto la accionada **FAMISANAR EPS** como la vinculada **CARBÓN 100 S.A.S.**, guardaron silencio aun cuando las notificaciones fueron enviadas a los correos electrónicos de notificación judicial de las entidades, tal y como se evidencia de las documentales visibles en las **págs. 28 a 34** del plenario.

CONSIDERACIONES

Conforme al Artículo 86 de la Constitución Política, encontramos que la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando estos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona que se encuentre en estado de subordinación o indefensión, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

Así pues, la Corte Constitucional ha puesto de presente en reiterados pronunciamientos las características de esta acción y los requisitos para su procedencia, tal como se evidencia por ejemplo en la Sentencia T-036 de 2017, se refiere al principio de subsidiariedad en los siguientes términos:

Conforme con el artículo 86 de la Carta y el artículo 6º del Decreto 2591 de 1991, la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela circunscribe la procedencia del amparo a tres escenarios: (i) la parte interesada no dispone de otro medio judicial de defensa; (ii) existen otros medios de defensa judicial, pero son ineficaces para proteger derechos fundamentales en el caso particular, o (iii) para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Así mismo, se tiene que la acción de tutela **debe interponerse en un tiempo prudencial para que cumpla con el requisito de procedibilidad**, tal como lo ha señalado la Corte Constitucional en diversos pronunciamientos, al respecto ha indicado:

"4.4.3. Inmediatez. Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que deben presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable: (i) quienes pretendan la protección del derecho a la estabilidad laboral reforzada por haber sido despedida en estado de embarazo o en período de lactancia; y (ii) quienes reclamen a través de la acción de tutela el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad."¹

DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD

La licencia de paternidad es una manifestación del derecho al interés superior del menor de edad, pues a través de ésta se garantiza el cuidado y el amor durante los primeros días de su existencia, permitiéndole, no solo la compañía permanente de la madre sino también la del padre². La presencia del padre durante estos primeros días de vida del recién nacido, resultan fundamentales para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional, y además, sirven para que se afiancen las relaciones paterno-filiales.

¹ Véase Sentencia T-092 de 2016

² Sentencia C-273 de 2003.

En otras palabras, 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*"³.

Entonces, es claro que la licencia de paternidad no fue concebida como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. 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 al amor y que además cuente con los medios económicos para garantizar el mínimo vital del niño.

Igualmente, la jurisprudencia constitucional ha dicho que la licencia de paternidad, además "*de ser una garantía de los derechos de los niños y niñas a recibir cuidado y amor, es también un derecho fundamental del padre, derivado del derecho a fundar una familia, que la Constitución Política reconoce en su artículo 42*"⁴. Esta norma indica que "*el Estado y la sociedad garantizan la protección integral de la familia*"; de modo que existe una obligación por parte del Estado y la sociedad de propiciar las circunstancias para que los trabajadores hombres puedan conciliar el trabajo y la vida familiar, mediante el reconocimiento de un breve período alrededor de la fecha del nacimiento de sus hijos.

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 y al amor a que tienen todos los niños y niñas del mundo, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo⁵.

En síntesis, la Corte Constitucional⁶ ha establecido las siguientes reglas jurídicas sobre la licencia de paternidad:

- a) La licencia de paternidad desarrolla el principio del "*interés superior del niño*", consagrado en el artículo 44 superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño.
- b) La licencia de paternidad se orienta a satisfacer el derecho al cuidado y al amor a que tienen derecho todos los niños y niñas del mundo y que ha sido reconocido por la comunidad internacional.
- c) La institución de la licencia de paternidad reconoce que la presencia activa,

³ Sentencia C-383 de 2012.

⁴ Sentencia C-633 de 2009.

⁵ Sentencia T-190 de 2016.

⁶ Sentencias C-152 de 2003, C-273 de 2003, C-174 de 2009.

participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo.

d) La licencia de paternidad no ha sido concebida *"como un premio o una gracia que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad o para que se dedique a celebrar la llegada del hijo, sino como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor."*

e) El derecho a la licencia de paternidad, en relación con el padre, es un derecho subjetivo, que constituye un desarrollo del derecho constitucional a fundar una familia, y que tiene como fin cumplir la obligación estatal de dar protección a la misma, a la maternidad y a los menores.

Ahora bien, como la obligación estatal de dar protección a la familia, a la maternidad y a los menores, impuesta por los artículos 42, 43 y 44 de la Constitución Política, corresponde también al Estado, la determinación del legislador de prever una licencia de paternidad constituye una concreción de la obligación constitucional de *adopción de medidas* impuesta por los mismos artículos.

Precisamente, en cumplimiento de esa obligación constitucional, el Ejecutivo reglamentó la licencia de paternidad a través del **Decreto 780 de 2016** "*Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social*" el cual en su artículo 2.1.13.3 reza lo siguiente:

"Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

En los casos en que durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones habrá lugar al reconocimiento de la licencia de paternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación."

En el mismo sentido, el Legislador expidió la **Ley 1822 de 2017** "*Por medio de la cual se incentiva la adecuada atención y cuidado de la primera infancia, se modifican los artículos [236](#) y [239](#) del Código Sustantivo del Trabajo y se dictan otras disposiciones*", en cuyo artículo 1º parágrafo 2º estipuló lo siguiente:

"El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad; 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."

Sobre esta última normatividad, el Ministerio de Salud mediante la **Circular Externa 024 de 2017** impartió "*Directrices para el reconocimiento y pago de la licencias de maternidad y paternidad en el Sistema General De Seguridad Social en Salud - Ley 1822 de 2017*", y en relación a la licencia de paternidad estableció lo siguiente:

"El reconocimiento de la licencia de paternidad, se efectuará para los afiliados cotizantes al Régimen Contributivo por el término de ocho (8) días hábiles, para lo cual conforme a lo establecido en el artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016, se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre, sin que haya lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones, cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación."

Frente a la exigencia de efectuar aportes por el tiempo que corresponda al período de gestación, habrá de tenerse en cuenta la Sentencia C - 663 de 2009, providencia a través de la cual la Corte Constitucional, al estudiar una demanda de inconstitucionalidad contra el inciso 5 del artículo 1 de la Ley 755 de 2002, cuyo texto corresponde en igual contenido al dispuesto en el inciso 4 del párrafo 2 de la Ley 1822 de 2017, condicionó la exequibilidad de la expresión "para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad" aclarando que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad.

En los casos en que durante el período de gestación, el empleador del afiliado cotizante o el trabajador independiente no haya realizado el pago oportuno de las cotizaciones, habrá lugar al reconocimiento económico de la licencia por paternidad siempre y cuando, a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora por el período de gestación. (...)"

Dentro de la referida Circular el Ministerio de Salud hace alusión a la Sentencia **C-633 de 2009**, en donde la Corte Constitucional al hacer el estudio de constitucionalidad del inciso 5º del artículo 1º de la Ley 755 de 2002, el cual corresponde en igual contenido al inciso 4 del párrafo 2º de la Ley 1822 de 2017, se refirió al periodo mínimo de cotizaciones que debe cumplir el padre para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad. En dicha providencia la Corte señaló:

"Ahora bien, teniendo en cuenta que, en todo caso, como se acaba de decir, el requisito de un período mínimo de cotizaciones se ha juzgado necesario para alcanzar un fin constitucionalmente importante e imperioso, cual es dicho equilibrio financiero, y también para evitar abusos del derecho en relación con la licencia de paternidad, pero de otro lado se ha concluido que dicho requisito no resulta estrictamente proporcionado ni tampoco necesario, la Corte condicionará la exequibilidad de la expresión "para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad", en el entendido que para el reconocimiento de la licencia de paternidad, la EPS respectiva sólo podrá exigir el número de semanas de cotización correspondientes al período de gestación, en los términos en que se reconoce la licencia de maternidad."

De acuerdo con lo expuesto se concluye, que para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, el padre debe haber realizado aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, por el número de semanas correspondientes al período de gestación de la madre, sin que haya lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

CASO EN CONCRETO

Conforme a lo expuesto por la petente en el escrito tutelar, esta Sede Judicial se resolverá, si a **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA**, le han sido vulnerados sus derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital, por la supuesta negativa por parte de la **EPS FAMISANAR** de reconocer y cancelar una licencia de paternidad.

Advierte el Despacho que dando aplicación a lo previsto en el Artículo 20 del Decreto 2591 de 1991 en lo relativo a la Presunción de veracidad, teniendo en cuenta que la contestación por parte de la pasiva no fue rendida dentro del plazo correspondiente, se tendrán por ciertos los hechos y se entrará a resolver de plano.

Así las cosas, previo a realizar el correspondiente análisis, es necesario determinar los requisitos formales de procedibilidad de la acción de tutela; esto es, la inmediatez y subsidiariedad.

En cuanto a la inmediatez, encuentra el Despacho, (i) que el pago de licencia de paternidad objeto de esta acción constitucional, fue causada el día **17 de enero de la presente anualidad** (*fecha de nacimiento de la menor Keitty Dayana Gallego Hernández*) tal y como se observa de la documental obrante en la **pág. 23**, (ii) que la respuesta negativa a la solicitud de pago fue emitida por la **EPS FAMISANAR** el **16 de febrero del año en curso (pág. 25)**, y (iii) que la fecha de radicación de la acción constitucional fue el día **09 de abril del año 2021 (pág. 1)**, esto es, de manera inmediata a la negación, por tanto, se encuentra dentro de un término más que razonable.

De otro lado, respecto de **la subsidiariedad**, si bien en principio la reclamación del pago de la licencia de paternidad estaría comprendida dentro de las facultades jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, en virtud de lo dispuesto en el literal b) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, no debe olvidarse que la Corte Constitucional⁷ ha indicado que para estos casos la tutela es procedente ya que al imponerle una carga al accionante de iniciar un proceso jurisdiccional en búsqueda de satisfacer dicha pretensión resultaría ineficaz para proteger los intereses del niño, puesto que por la duración de este trámite judicial los recursos económicos que derivan de dicha prestación y que se orientan a garantizar los ingresos familiares que redundan en la subsistencia y bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida, llegaría muy tarde, afectando en la generalidad de los casos las condiciones de vida del grupo familiar.

Establecido lo anterior, procede el Despacho a realizar un pronunciamiento de fondo respecto del pedimento realizado por el actor de la siguiente manera:

De las pruebas documentales allegadas al plenario, se verifica que la **EPS FAMISANAR** expidió a favor del accionante, licencia de paternidad No. **0007913747 (pág. 24)** por el nacimiento de su hija en data del **17 de enero de la presente anualidad (pág. 23)**.

⁷ Sentencias T-865 de 2008, T-963 de 2009, T-1050 de 2010 y T-190 de 2016.

Así las cosas, se corrobora que al elevar solicitud en la que se pretensión el reconocimiento y pago de la prestación económica en cita, la **EPS FAMISANAR** indicó que, no se puede acceder a lo pretendido por cuanto a favor del gestor no se realizaron los aportes correspondientes al periodo de gestación de la madre de la menor, la cual "(...) nació de 37 semanas de gestación, lo que significa que debe tener 259 días cotizados y solo cuenta con 90 días cotizados" (pág. 25).

Sin embargo, y pese a lo anterior, **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA** aduce que su empleador no se encuentra en mora en el pago de aportes, afirmación que pretende sea corroborada por el Despacho con las panillas aportadas como pruebas, de las cuales se evidencia sin lugar a equivocaciones que, durante el periodo de gestación de la madre de la menor, el empleador **CARBÓN 100 S.A.S.** tan solo realizó aportes a favor del gestor por los meses de noviembre y diciembre del año 2020, así como, enero del año 2021 (págs. 19 a 22).

De lo anterior, se observa que, si bien **CARBÓN 100 S.A.S.** se encuentra en mora en el pago de aportes, lo cierto es que la entidad promotora de servicios de salud no allega prueba siquiera sumaria que permita colegir a esta operadora judicial, que requirió al empleador con el fin de que efectúe dichos pago; en consecuencia, en este caso opera lo que ha denominado la Jurisprudencia Constitucional como **allanamiento de la mora**, teoría que enseña que la EPS accionada no puede negarse a reconocer y pagar la prestación económica aducida por la activa.

Frente a lo expuesto en precedencia, la H. Corte Constitucional en sentencia T – 138 de 2014, indicó:

"3.3. Tratándose de la aplicación de la teoría del allanamiento a la mora, cabe resaltar que, en principio, solamente se aplicó en reclamos del pago de licencias de maternidad y a partir del fallo T-413 de mayo 6 de 2004, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra[6], se extendió al pago incapacidades laborales.

(...)

"pese a la mora de los empleadores o trabajadores independientes en el pago de sus cotizaciones a la Seguridad Social, las Empresas Prestadoras de Salud están obligadas a reconocer y pagar las prestaciones económicas por incapacidad, por haber incumplido también su deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes y no oponerse oportunamente al pago extemporáneo".

De conformidad con el precedente constitucional citado, la mora en el pago de aportes de salud no puede servir de excusa para negar el pago de las prestaciones económicas, toda vez que, la EPS no se puede sustraer de su obligación legal de brindar los servicios médicos correspondientes y reconocer las licencias concedidas, cuando ha incumplido su deber de adelantar las acciones de cobro correspondiente; por lo tanto se reitera, en este caso opera el **allanamiento de la mora**.

En ese orden de ideas, los argumentos expuestos por la **EPS FAMISANAR** para no reconocer y cancelar la licencia de paternidad no son de recibo, pues, los lineamientos trazados por la jurisprudencia constitucional adocinan que será la

Entidad Prestadora del Servicio de Salud, la entidad encargada de reconocer y cancelar la licencia de paternidad No. **0007913747**.

Por ello, y al no efectuarse el pago de las prestaciones económica en cita, se colige en el caso estudiado, se encuentra vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital y la seguridad social de **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA**, situación que no fue controvertida por la pasiva, ni mucho menos se aportaron pruebas que desvirtuaran lo contrario.

En este punto es bueno resaltar que si bien es cierto la problemática aquí planteada debería ser resuelta en un primer momento por los jueces ordinarios, considera éste Despacho que con las pruebas arrimadas al expediente se encuentra suficientemente acreditada la ocurrencia del perjuicio irremediable, derivándose en la afectación no solo del mínimo vital del accionante, sino el de su hija y su esposa, quien se encuentra afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud como beneficiaria del Sr. Gallego Mantilla.

En consecuencia, se ordenará a **FAMISANAR EPS** a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y cancelar a favor de **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA** identificado con C.C. No 1.016.108.709 la licencia de paternidad No. **0007913747**.

Finalmente, al no existir responsabilidad alguna de la entidad **CARBÓN 100 S.A.S.**, se ordenará su desvinculación de la acción de tutela de la referencia, teniendo en cuenta que no existe vulneración alguna a los derechos fundamentales que la activa alega como trasgredidos.

DECISION

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

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la seguridad social y el mínimo vital de **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA**, en atención a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a **FAMISANAR EPS** a través de su Representante Legal o quien haga sus veces, que en el término de **CUARENTA Y OCHO (48) HORAS** siguientes contados a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y cancelar a favor de **JUAN MATEO GALLEGO MANTILLA** identificado con C.C. No 1.016.108.709 la licencia de paternidad No. **0007913747**.

TERCERO: DESVINCULAR a la entidad **CARBÓN 100 S.A.S.**, de conformidad con lo dispuesto la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más eficaz tanto a la parte accionante como a las accionadas del resultado de la presente providencia.

QUINTO: Si no fuere impugnado el presente fallo oportunamente, esto es, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, se remitirá a la H. Corte Constitucional en los términos del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En caso contrario se enviará a la Oficina Judicial - Reparto de los Juzgados Laborales del Circuito de esta ciudad, en los términos del artículo 32 ibídem.

CÚMPLASE,

Firmado Por:

**VIVIANA LICEDT QUIROGA GUTIERREZ
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ**

**DIANA MILENA GONZALEZ ALVARADO
SECRETARIO MUNICIPAL
JUZGADO 11 PEQUEÑAS CAUSAS LABORAL BOGOTÁ**

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

Código de verificación:

**60b729bd543cbfb7fb3655adca517f4c95522566b9cefc21f38723f790af3
934**

Documento generado en 20/04/2021 01:24:02 PM