



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

Juzgado 5° Civil Municipal de Bogotá
Carrera 10 No. 14-33 piso 5 Teléfono/Fax: 2815639
cmpl05bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., cinco (5) de octubre de 2020.

SENTENCIA.

REF. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 4003 005-2020-00525

ACCIONANTE: LUIS ALBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ en nombre propio y en representación de su hijo **LUIS MATEO SARMIENTO PINZÓN.**

ACCIONADA: EPS SANITAS

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez motivado en legal forma el trámite adecuado.

I. ANTECEDENTES:

1.- HECHOS

El accionante “*desde el 03 de enero de 2020*” se encuentra afiliado a la EPS Sanitas, y actualmente labora para la empresa Fortox S.A.

Indica que, el 16 de agosto de 2020 nació su hijo, por lo que “*el médico tratante*” le “*concedió una incapacidad por 8 días con fecha de inicio el 16 de agosto de 2020 y fecha de finalización el 27 de agosto de 2020*”.

El 19 de agosto siguiente, radicó a EPS Sanitas la licencia de paternidad “*con todos los documentos*”, sin embargo, le fue negada indicándosele que presenta “*una inconsistencia en el sistema*”, lo cual le ha generado una afectación a su mínimo vital.

Añade que, cotizó “*al sistema durante el periodo de gestación*” de su esposa, por lo que, indica, tiene derecho a la licencia de paternidad.

2. LA PETICION

Solicitó se amparen sus derechos fundamentales y los de su menor hijo, al mínimo vital, seguridad social, salud, igualdad y, en

consecuencia “ordenar a E.P.S. SANITAS realizar el reconocimiento y pago económico de la licencia de paternidad”.

II. SINTESIS PROCESAL:

Por auto de 21 de septiembre de 2020, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente se dispuso vincular a la empresa FORTOX S.A, ADMINISRADORADE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD y MINISTERIO DE SALUD, y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

FORTOX S.A.

En tiempo dio contestación. Indicó que entre ésta y el promotor existe una relación laboral. Agregó que ha cumplido con sus obligaciones patronales, como es el pago de aportes al sistema general de seguridad social en salud a nombre del señor Sarmiento Martínez, por lo que es la EPS es la llamada a responder por este tipo de prestaciones económicas.

ADRES

Alegó falta de legitimación en la causa por pasiva para con la entidad que representa, por cuanto el reconocimiento de las licencias están a cargo de la EPS.

SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

Indicó que el pago de las licencias le corresponde a la EPS acorde con la normatividad vigente, además, que existe falta de legitimación en la causa por pasiva, por ende, solicitó se le desvincule de la presente acción.

MINISTERIO DE SALUD

Afirma que la licencia de paternidad ha sido concebida como un derecho que tiene la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales del menor a cargo de la EPS, y, en consecuencia solicitó exonerar al Ministerio de toda responsabilidad

EPS SANITAS.

En tiempo se pronunció frente a los hechos y pretensiones del accionante, para lo cual adujo que la licencia no fue autorizada toda vez que, el señor LUIS ALBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ, no cumple con el requisito contemplado en el decreto 2353 de 2015, pues el periodo mínimo de cotización; es decir que la edad gestacional de la madre al momento del parto no es igual a la cotización del afiliado al sistema general de seguridad social en salud, ya que el promotor cotizó 32 semanas contra 39 semanas de gestación.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

1 .- En el caso bajo estudio, el accionante reclama, la protección del derecho fundamental constitucional al mínimo vital, seguridad social, salud, igualdad, y seguridad social, consagrados en la Carta Magna, los cuales considera vulnerados por cuanto la EPS accionada no le ha reconocido ni cancelado la licencia de paternidad a la que considera el actor, tiene derecho.

2. Su empleador Fortox S.A, tan solo adujo haber efectuado los aportes al sistema de seguridad social y que la obligación de pago de la licencia le corresponde a la EPS. La EPS accionada indicó en la contestación que hizo de la acción constitucional, que no efectuó el pago de la licencia de paternidad , toda vez que el señor LUIS ALBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ, no cumple con el requisito contemplado en el decreto 2353 de 2015, pues el periodo mínimo de cotización; es decir que la edad gestacional de la madre al momento del parto no es igual a la cotización del afiliado al sistema general de seguridad social en salud, ya que el promotor cotizó 32 semanas contra 39 semanas de gestación.

3. Al respecto, es preciso traer a colación la sentencia T-114 de 2019, en donde la Corte Constitucional indicó *“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. 57. 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. 58. **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 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.** 9. 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”. (se destaca)

2. Destáquese que una cosa es quien está en la obligación de hacer el cobro ante la EPS de la licencia de paternidad, lo cual corresponde al empleador, y otra muy diferente quien es el encargado de reconocer y pagar dicha prestación cuando se han efectuado los aportes al sistema en los términos atrás expuestos, que para el caso es la EPS a donde se encuentra afiliado el actor.

3. Se encuentra acreditado que al demandante le fue expedida “licencia de paternidad” desde el “16/08/2019” hasta el “27/08/2019”, conforme lo indicó la EPS accionada. Sin embargo, la misma no fue autorizada por no haber efectuado las cotizaciones en los términos del Decreto 2353 de 2015.

También se encuentra probado, que el promotor realizó de manera ininterrumpida los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de su empleador, Fortox S.A, desde el 1° de enero de 2020 hasta septiembre del mismo año, esto es, cotizó durante casi **7 meses y quince días**, para el momento en que le fue expedida la licencia.

Por lo tanto, se tiene que al accionante le faltó cotizar siete semanas para completar el periodo de gestación correspondiente a las 39 semanas, que alega la EPS accionada que se requieren para el pago de la licencia de paternidad. Sin embargo, y ello es medular, se encuentra probado que el promotor realizó sus cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad.

En ese orden, la exigencia de la Sanitas EPS de condicionar el pago de la licencia de paternidad a que se hubiese cotizado durante todo el periodo de gestación, acogiendo la jurisprudencia atrás transcrita, viola el derecho del tutelante a la seguridad social y al mínimo vital, pues la ley 1822 de 2017 dispuso que 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”*, interpretación jurídica *“que resulta mas favorable al trabajador y, a su vez, protege efectivamente el interés superior de los niños y, finalmente, se ajusta a parámetros de razonabilidad y proporcionalidad que garantizan la protección de los derechos fundamentales del accionante sin poner en riesgo el equilibrio económico del SGSSS”*. (Sentencia citada)

Ahora, el promotor en su escrito de tutela manifestó que el no reconocimiento de la prestación *“ha generado una afectación a mi mínimo vital”*; afirmación que no fue desvirtuada por la accionada. En criterio del Despacho, el no pago de la mentada prestación puede poner en riesgo la subsistencia del peticionario y de su hijo, sin que ninguna prueba se hubiese aportado por la convocada a fin de desvirtuar ello.

Por lo expuesto, se ha de concluir que se vulneraron los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, toda vez que cumplió el periodo mínimo de cotización para acceder al pago de la prestación bajo estudio. En consecuencia, se accederá al amparo, ordenando a la empresa Fortox S.A que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si no lo ha hecho, al pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Luis Alberto Sarmiento Martínez. Así mismo, ordenar a EPS Sanitas que desembolse los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

III. RESUELVE:

PRIMERO.- CONCEDER la tutela reclamada por el señor **LUIS ALBERTO SARMIENTO MARTÍNEZ**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la empresa **FORTOX S.A** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, proceda, si no lo ha hecho, al pago de la totalidad de la licencia de paternidad del señor Luis Alberto Sarmiento Martínez. Así mismo, ordenar a **EPS SANITAS** que desembolse los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017.

TERCERO: Notifíquese la presente decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISION. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,



**JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ**