

INFORME SECRETARIAL: Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023). Al Despacho de la señora Juez el expediente **2023–00206**, informando que a la fecha se encuentra para resolver la impugnación presentada por la el accionante. Sírvese proveer.

FABIO EMEL LOZANO BLANCO

Secretario

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Bogotá D.C., nueve (9) de junio de dos mil veintitrés (2023).

I. ANTECEDENTES

El señor Rafael Darío Spinel Peñuela, actuando en causa propia, interpuso acción de tutela en contra de Sanitas E.P.S., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, a la seguridad social, y a la vida digna.

Como sustento, informó que el 24 de enero del año en curso nació su hija, por lo que procedió a reclamar la licencia de paternidad 58322786 el 1° de febrero de 2023, anexó los documentos requeridos y acreditó ante la accionada las condiciones para el reconocimiento y pago, sin que le haya sido pagada de manera injustificada, lo que le ha ocasionado afectaciones graves al mínimo vital suyo y de su hija.

En consecuencia, solicitó que se amparen sus derechos fundamentales y los de la menor, y que se ordene el correspondiente pago de la licencia de paternidad.

II. TRÁMITE Y CONTESTACIÓN

La presente acción de tutela fue admitida por el Juzgado 1° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C., mediante auto del 3 de mayo de 2023, se vinculó a la Superintendencia Nacional de Salud, a la Nación – Ministerio de Salud y de la Protección Social, y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, ordenándoles accionada ejercer su derecho a la defensa.

La **EPS Sanitas** contestó en oficio del 8 de mayo de 2023, solicitando se declare la improcedencia de la acción, que se vinculara al trámite a la ADRES y al Ministerio de Salud y la Protección Social, o que en caso que se acceda a

JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
jlato13@cendoj.ramajudicial.gov.co

lo pretendido se autorice el recobro de los recursos empleados para el cumplimiento de la sentencia.

Informó que el tutelante elevó petición el 1° de febrero de 2023 licencia de paternidad para el período del 24 de enero al 6 de febrero del año en curso, y ésta fue expedida sin derecho a pago por cuanto no había pago del aporte a seguridad social para el inicio de la licencia, pago que se debía efectuar en los términos del Decreto 1427 de 2022, artículo 2.2.3.2.1, y que para el caso del accionante es el 14° día hábil, pero que éste efectuó hasta el día 19.

Finalmente, señaló que, por tratarse de una controversia de índole netamente económico, no se cumplió el requisito de subsidiariedad para que se pudiera acudir a la tutela ya sea como mecanismo transitorio o definitivo.

La **ADRES** contestó en oficio del 8 de mayo solicitando se declare su falta de legitimación en la causa por pasiva y su desvinculación del trámite, al no haber desplegado conducta alguna que vulnere los derechos fundamentales del actor.

Informó que el amparo pretendido es improcedente, en la medida que no se cumple el requisito de procedibilidad de subsidiariedad, que igualmente es improcedente por tratarse de pretensiones netamente económicas, y que existe un allanamiento en la mora por parte de la EPS al no existir prueba de la existencia de acciones de cobro al afiliado.

La **Nación – Ministerio de Salud y Protección Social** contestó en oficio del 8 de mayo de 2023, solicitando su exoneración dentro del trámite de la referencia. Explicó el marco jurídico aplicable al pago de la licencia de paternidad, los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela y enfatizó la falta de legitimación en la causa por pasiva de su parte.

La **Superintendencia Nacional de Salud** contestó en oficio del 8 de mayo de 2023, solicitando se declare la improcedencia de la tutela en su contra, su falta de legitimación en la causa por pasiva, y que se ordene su desvinculación del trámite, como quiera que dentro de sus funciones no se encuentra el aseguramiento o la prestación de servicios a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social, limitándose a ejercer vigilancia y control sobre las entidades que lo administran.

III. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La Juzgadora de primera instancia en sentencia del 12 de mayo de 2023 declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales deprecados por el promotor de la acción, al considerar que no se cumplen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela en cuanto a la subsidiariedad, como quiera que no se acreditó la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales del accionante, como tampoco el acaecimiento de un perjuicio irremediable

que, al tratarse de un contenido netamente económico, no permite la intervención del juez en sede constitucional.

IV. LA IMPUGNACIÓN

Inconforme con la decisión, el promotor de la acción la impugnó aduciendo que la jurisprudencia constitucional permite acudir a la acción de tutela para el reconocimiento de la licencia de paternidad sin necesidad de acudir a la jurisdicción ordinaria, que se encuentra sin dinero para sufragar los gastos de su hija y los propios, que efectuó los pagos a seguridad social dentro del término de ley y cumplió los requisitos establecidos para el pago de la prestación.

V. PROBLEMA JURÍDICO

Como problema jurídico, se estudiará si se vulneran los derechos fundamentales invocados por el proceder de la EPS Sanitas, y cuales las consecuencias jurídicas de ello.

VI. CONSIDERACIONES

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 86 Superior, el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, el numeral 1° del artículo 1° del Decreto 1382 de 2000 y el artículo 1 del Decreto 333 de 2021, este Despacho es competente para conocer la presente acción constitucional.

2. Del derecho fundamental al mínimo vital.

Frente a este derecho, debe decirse que consiste en una garantía del respeto por los recursos básicos para asegurar la subsistencia y la dignidad humana, lo cual permite concretar los principios y fines del Estado Social de Derecho. Así ha sido definido por la H. Corte Constitucional en la sentencia T-678 de 2017:

"El derecho al mínimo vital ha sido definido por esta Corte como "la porción de los ingresos del trabajador o pensionado que están destinados a la financiación de sus necesidades básicas, como son la alimentación, la vivienda, el vestido, el acceso a los servicios públicos domiciliarios, la recreación, la atención en salud, prerrogativas cuya titularidad es indispensable para hacer efectivo el derecho a la dignidad humana, valor fundante del ordenamiento jurídico constitucional".

Con fundamento en la norma arriba señalada, la Corte Constitucional en sentencia T- 716 de 2017, sostuvo que frente a la protección del derecho al mínimo vital este debe comprender las siguientes características:

"(i) es un derecho que tiene un carácter móvil y multidimensional que no depende exclusivamente del análisis cuantitativo de ingresos y egresos de la persona; (ii) como herramienta de movilidad social, el mínimo vital debe ser entendido de manera dual, ya que además de ser una garantía frente a la preservación de la vida digna, se convierte en una medida de la justa aspiración que tienen todos los ciudadanos de vivir en mejores condiciones y de manera más cómoda; y (iii) en materia pensional, el mínimo vital no sólo resulta vulnerado por la falta de pago o por el retraso injustificado en la cancelación de las mesadas pensionales, sino también por el pago incompleto de la pensión, más cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional"

En este orden, el derecho al mínimo vital supone la coexistencia de dos dimensiones, una positiva y otra negativa, con las cuales el Estado debe de garantizar las condiciones para que las personas provean su subsistencia, sin entrar a asumir propiamente la obligación de proveer los recursos, máxime cuando no se demuestran serias particularidades que lo ameriten. Así se expuso en la misma providencia antes citada:

"Según la Corte Constitucional, el derecho al mínimo vital tiene dos dimensiones: (i) la positiva, presupone que el Estado y en algunas ocasiones los particulares, cuando se reúnen las condiciones establecidas, "están obligados a suministrar a la persona que se encuentra en una situación en la cual ella misma no se puede desempeñar autónomamente y que compromete las condiciones materiales de su existencia, las prestaciones necesarias e indispensables para sobrevivir dignamente y evitar su degradación o aniquilamiento como ser humano"; (ii) la negativa, es un límite que no puede ser traspasado por el Estado, en materia de disposición de los recursos materiales que la persona necesita para llevar una existencia digna. En palabras de la Corte, "el Estado debe asegurar, en primer lugar, las condiciones para que las personas, de manera autónoma, puedan satisfacer sus requerimientos vitales y ello implica que, mientras no existan razones imperiosas, no puede el Estado restringir ese espacio de autonomía de manera que se comprometa esa posibilidad de las personas de asegurar por sí mismas sus medios de subsistencia".

3. De la procedencia de la acción de tutela para el pago de la licencia de maternidad y paternidad.

En primer término, debe ponerse de presente que, en principio, la acción de tutela no resultaría procedente para la consecución del reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, en la medida que la jurisdicción ordinaria laboral es competente para dirimir dicha controversia por ser de contenido netamente económico.

Sin embargo, al evidenciarse una serie de condiciones particulares de la parte que la invoca, aunado al hecho que la licencia tiene por objetivo salvaguardar no solo los derechos del afiliado sino del menos, puede proceder su estudio ante el juez constitucional.

Así fue considerado por la H. Corte Constitucional, en sentencia T-114 de 2019 al memorar el precedente sentado en la materia:

"Resulta pertinente destacar que el artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el artículo 622 de la Ley 1564 de 2012, fijó a cargo de la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de la seguridad social, la competencia para resolver "las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con los contratos".

Al respecto, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que los mecanismos que brinda la jurisdicción ordinaria laboral pueden resultar ineficaces para proteger los derechos de los niños y niñas, los cuales se ven afectados por la denegación del acceso al derecho a la licencia de paternidad. En consecuencia, la Corte ha aceptado que en situaciones fácticas como la presente, la acción de tutela se convierte en el mecanismo idóneo para la protección de los derechos fundamentales alegados.

En este sentido, la Sentencia T-865 de 2008, que se pronunció sobre una disputa alrededor del pago de una licencia de paternidad, precisó que a partir de las circunstancias del caso particular, la acción ordinaria no era idónea ni eficaz para proteger los derechos supuestamente vulnerados, en razón a que la duración del trámite judicial tendiente a la definición de la entrega de los recursos económicos solicitados puede ser muy extensa y en consecuencia desproporcionada. Así, consideró que lo anterior implicaba una afectación inaceptable de las condiciones de vida del grupo familiar, puesto que los dineros petitionados se destinarían ordinariamente a garantizar el bienestar del recién nacido en sus primeros días de vida.

En consonancia, la Sentencia T-190 de 2016 reiteró el criterio jurisprudencial ya mencionado y determinó que, si bien, la licencia de paternidad es un derecho prestacional que en principio no podría satisfacerse a través de la acción de tutela, de manera excepcional y cuando el derecho fundamental al mínimo vital del accionante y del recién nacido se encuentren vulnerados por la falta de reconocimiento de la misma, la tutela se transforma en el mecanismo judicial procedente para ello y no sería necesario acudir a la jurisdicción ordinaria laboral."

Más recientemente y en sentencia T-275 de 2022, se precisó que las licencias de maternidad y paternidad se crearon con la finalidad de otorgar a los trabajadores un determinado número de días remunerados, a efectos que puedan contrarrestar los efectos de su ausencia temporal del trabajo, por lo que como contraprestación se le concede un auxilio económico para que el trabajador o trabajadora cuente con los medios para su subsistencia y la de su hijo:

"Las licencias de maternidad y de paternidad son instituciones previstas por la legislación laboral por medio de las cuales el padre o madre trabajadores tienen derecho a disfrutar de cierto número de días remunerados, de tal suerte que puedan contar con los medios económicos que les permitan velar por su subsistencia y la de su menor hijo. Ambas tienen como fundamento último y común el interés superior de la niñez, ello materializa el artículo 44 Superior, debido a que, de un lado, el Estado estimula y propicia las conductas de cuidado a la niñez y apoya su cumplimiento y, de otro lado, la familia tiene la posibilidad real de brindar cuidado y amor al niño, niña o adolescente que recién llega a la nueva familia.

El reconocimiento de las licencias de maternidad y de paternidad no es un «beneficio caprichoso» o «premio [...] que se concede al trabajador por el simple hecho de la paternidad [o maternidad]», sino «una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño». El acompañamiento de los padres contribuye al fortalecimiento de «los vínculos paternofiliales» y, por ende, al «desarrollo armónico e integral» de la niñez, «que parte del concepto de familia como núcleo fundamental de la sociedad (arts. 42 y 44 de la Constitución)»"

Finalmente, en el mismo proveído se estudió lo relativo al requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, concluyéndose que ésta resulta procedente en la medida que, con la negativa para el pago de la prestación, se amenazan no solamente los derechos fundamentales del padre o la madre sino también del menor, siendo éste de mayor relevancia jurídica dada su vulnerabilidad, sin que sea óbice el nivel de ingresos del afiliado o peticionario. Esto consideró la Corporación:

"Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que «la acción de tutela resulta procedente, para solicitar el reconocimiento de la licencia de maternidad, cuando su negativa amenace un derecho fundamental tanto de la madre como de la persona adoptante, al igual que los derechos del recién nacido o de los niños entregados en adopción». Sobre el particular, esta Corte ha afirmado que está comprobado que la omisión en el reconocimiento y pago de la prestación afecta el mínimo vital de la madre y su hijo o hija. La jurisprudencia de la Corte Constitucional también ha establecido que debe presumirse que el derecho al mínimo vital se vulnera cuando el

padre o la madre que reclama la licencia, dentro del año siguiente al nacimiento o adopción del menor de edad, no tiene ingresos económicos diferentes a su salario mensual o a que los recursos que devenga.

Para la aplicación de esta presunción no es relevante la cuantía de los ingresos o el nivel socioeconómico del padre o madre que solicita el reconocimiento y pago de la prestación en cuestión. Es decir, «la presunción opera siempre que el juez constitucional valore que la falta del pago de la licencia puede poner en peligro su subsistencia y la de su hijo», con «independencia de si el salario de la madre [o padre] es mayor al salario mínimo o si se trata de una persona de escasos recursos».

En suma, cuando el padre o madre que solicita la licencia de maternidad tiene como única fuente de ingresos el salario que habría de ser cubierto por dicha prestación, su no reconocimiento o falta de pago implica la vulneración de su derecho al mínimo vital, lo cual, a su vez repercute negativamente en la vida digna del accionante y de su hijo.”

4. Caso en concreto.

Descendiendo al caso en concreto, se aportaron como pruebas con el escrito inicial la solicitud radicada ante la EPS Sanitas para el reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad, el certificado de incapacidad o licencia rechazada 8322786 y el certificado de aportes al Sistema de Seguridad Social de su parte, emitido por Aportes en Línea.

En contraposición, la EPS argumentó que el nacimiento de la menor acaeció el 24 de enero del año en curso, pero el pago del aporte se efectuó hasta el 13 de marzo, siendo el último día oportuno el 20 de febrero, por lo que éste es extemporáneo al sufragarse 19 días hábiles después del plazo máximo. Así mismo, manifestó que no se demostró una afectación o vulneración al mínimo vital del tutelante, por lo que el amparo pretendido resulta improcedente.

Como primera medida y en los términos de la jurisprudencia antes citada, considera ésta Juzgadora que está satisfecho el requisito de procedibilidad de subsidiariedad de la acción de tutela, como quiera que el trabajador indicó no contar con los medios económicos para sufragar los gastos médicos que requiere su hija, y que ésta depende financieramente de él. Por su parte, la EPS accionada no logró desvirtuar dicha afirmación, y los soportes de pago de la planilla de aportes dan cuenta que al 29 de marzo de la corriente anualidad venía cotizando como independiente, por lo que en principio el amparo pretendido es procedente, pese a recaer sobre prestaciones de carácter netamente económico.

Ahora bien, respecto de la negativa de la EPS, se aprecia que recae en el hecho que el tutelante efectuó de manera tardía el pago de sus aportes, situación

que está regulada en el artículo 3.2.2.1. del Decreto 780 de 2016, modificado por el artículo 1º del Decreto 923 de 2017, y que señala que el plazo para la autoliquidación de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral y Aportes Parafiscales se efectuará según los últimos dígitos del Nit. o cédula del aportante, que para el presente asunto sería el 14 día hábil del mes, por terminar el documento de identificación en 85.

Por ello, el aporte para el mes de enero se efectuó de manera claramente extemporánea, puesto que según la planilla de aportes se pagó hasta el 13 de marzo de 2023, por lo que en principio le asistiría razón a la accionada al negar el reconocimiento de la prestación. Sin embargo, ello no es óbice para pagar la licencia de paternidad, como quiera que se debieron cobrar los correspondientes intereses de mora al momento del pago, como lo dispone el artículo 2.2.3.2.7 del Decreto 1427 de 2022:

"Artículo 2.2.3.2.7 Licencia de paternidad. La licencia de paternidad deberá ser disfrutada durante los treinta (30) días siguientes a la fecha de nacimiento del menor o de la entrega oficial del menor que se ha adoptado.

(...)

*En los casos en que, **durante el período de gestación**, el empleador del afiliado cotizante o **el trabajador independiente beneficiario de la licencia de paternidad** 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.*

(...)”(Negrillas fuera del texto)

Aunado a ello, la jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa al señalar que corresponde a la EPS adelantar las acciones de cobro o rechazar el pago, so pena de allanarse en la mora, conforme se explicó en sentencia T-963 de 2007:

"Bajo esta línea argumentativa, aun cuando el empleador o el trabajador independiente hayan cancelado de manera tardía o de manera incompleta las cotizaciones en salud, pero la EPS no lo haya requerido para que lo hiciera, ni hubiere rechazado el pago realizado, se entenderá que la EPS se allanó en la mora por la mera aceptación del dinero, y por tanto se encuentra obligada a pagar la incapacidad laboral del trabajador o cotizante independiente." (Subraya el Despacho).

Ahora, en sentencia T-529 de 2017 se reiteró tal postura, al considerar que no puede pretenderse que las EPS se beneficien de los aportes efectuados de

manera tardía, pero que en contraposición aduzcan la mora para negar las prestaciones a su cargo, ya que cuentan con la potestad de emprender acciones de cobro o rechazar el pago, según el caso, para sanear la mora. Esto concluyó la H. Corte Constitucional:

"Lo anterior, pues se ha considerado que, de aceptarse que las E.P.S. pueden favorecerse de su propia negligencia y beneficiarse de los pagos que los afiliados lleguen a realizar de manera extemporánea y que no fueron objetados por ese motivo, desconocería los principios de buena fe y confianza legítima y terminaría siendo desproporcionado para los afiliados, quienes fungen como la parte más débil del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Esto, sobre todo porque se estaría impidiendo que dichas cotizaciones puedan ser contabilizadas para los efectos que justificaron su cancelación, esto es, cubrir de las contingencias en las que se puedan ver inmersos los afiliados.

En este sentido se ha pronunciado en reiteradas ocasiones esta Corporación, y ha indicado que las E.P.S. "no pueden, so pretexto de la mora en el pago de los aportes a cargo del empleador o del cotizante independiente, rehusarse a cancelar y reconocer una incapacidad laboral por enfermedad general, si obraron de manera negligente para su efectivo pago, o si incumplieron el deber de adelantar de manera oportuna las acciones legales de cobro, incluso con la consecuente oposición al pago extemporáneo".

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."

Como consecuencia de lo anterior, y en vista que la EPS accionada no demostró haber rechazado el pago o emprendido alguna otra acción ante la mora del cotizante independiente, se avizora que la impugnación es fundada y se habrá de revocar en su totalidad la sentencia primigenia, para en su lugar amparar los derechos fundamentales y ordenar a la EPS Sanitas que por intermedio de su representante legal y/o funcionario competente, en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho ya, pague la licencia de paternidad que le fuera reconocida al tutelante, conforme certificado 58322786 del 29 de marzo de 2023.

Finalmente y respecto de la pretensión encaminada a que se ordene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES el pago de la prestación concedida con ocasión de la sentencia de tutela, se debe recordar que la acción de tutela no fue instaurada para proteger el interés económico que tienen en el tema a tratar, pues para ello

existen procedimientos de recobro expuestos en la Resolución 1885 de 2018 y demás normas concordantes, por lo que tampoco se accederá a lo pretendido.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TRECE LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

- PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de tutela proferida el 12 de mayo de 2023 por el Juzgado 1° Municipal de Pequeñas Causas Laborales de Bogotá D.C. dentro del asunto de la referencia y conforme lo antes expuesto, para en su lugar:
- 1. AMPARAR** los derechos fundamentales incoados por el señor Rafael Darío Spinel Peñuela vulnerados por la EPS Sanitas
 - 2. ORDENAR** a la EPS Sanitas que, por intermedio de su representante legal y/o funcionario competente, en el término de 48 horas, si no lo hubiere hecho ya, pague la licencia de paternidad que le fuera reconocida al tutelante, conforme certificado 58322786 del 29 de marzo de 2023.
 - 3. ADVERTIR** a la entidad accionada que el incumplimiento a esta decisión acarreará las sanciones correspondientes y que deberá informar al Despacho **de primera instancia** sobre el cumplimiento de la orden aquí impartida.
- SEGUNDO: NOTIFICAR** la presente providencia a las partes a través de correo electrónico.
- TERCERO: ENVIAR** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La Juez,



YUDY ALEXANDRA CHARRY SALAS

ERBC