



Rama Judicial
Consejo Superior de la Judicatura
República de Colombia

**JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE
DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**

j39pccmbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá D. C., cuatro (4) de febrero de dos mil veinticuatro (2024)

Ref. ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2024-00229-00

ACCIONANTE: CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ

ACCIONADA: SALUD TOTAL EPS-S S.A.

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

I. ANTECEDENTES

1.- Hechos

Se exponen como fundamentos de la tutela, en síntesis, que el señor **CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.609.616, cotiza como independiente y se encuentra afiliado a la EPS SALUD TOTAL EPS-S S.A., en el régimen contributivo, realizando sus aportes de manera continua e ininterrumpida.

Adujo que su menor hijo nació el 17 de noviembre de 2023, por lo que procedió a realizar la radicación de los documentos pertinentes para solicitar el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, a la que tiene derecho de conformidad con lo previsto en la Ley 2114 de 2021.

Sostuvo que, el 26 de diciembre de 2023, la Entidad Prestadora de Salud convocada le informó que no registraba el pago de la cotización correspondiente al mes de noviembre de 2023, por lo que era necesario que efectuara el aporte correspondiente y radicara nuevamente la solicitud para proceder con el trámite respectivo.

Aseveró que realizó el pago correspondiente al aporte del mes de noviembre de 2023, y volvió a radicar su solicitud, para procurar que le pagaran la licencia referida, sin embargo, en dicha oportunidad la accionada le negó la solicitud argumentando que, el aporte a salud correspondiente al inicio de la licencia en este caso noviembre de 2023 se realizó de manera extemporánea, por lo que no era procedente el reconocimiento de dicha prestación.

Finalmente, expuso que la EPS demandada se allanó a la mora, ya que recibió los aportes con el pago de intereses moratorios y en ningún momento lo constituyó en mora, y cuando realizó la radicación de los documentos necesarios para reconocimiento de dicha prestación le exigieron realizar el pago del aporte correspondiente al mes de noviembre con sus respectivos intereses de mora, generando una expectativa de pago, por lo que está negando injustificadamente el pago por concepto de licencia de paternidad como trabajador independiente.

2.- La Petición

Con fundamento en lo anterior, solicitó se amparen sus derechos fundamentales a la igualdad, seguridad social y al mínimo vital, y, en consecuencia, se ordene a la accionada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, realizar el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad que aquí reclama.

3.- Trámite Procesal

Una vez admitida la presente acción mediante auto de fecha 27 de febrero de la presente anualidad, se ordenó la notificación a la accionada **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, a efectos de que ejerciera el derecho a la defensa sobre los hechos alegados, la cual afirmó que la solicitud de licencia de paternidad en calidad de cotizante independiente, comprendida del 17 de noviembre de 2023 al 30 de noviembre de 2023, no cuenta con radicación de cuenta bancaria, lo cual se solicita para el respectivo desembolso.

Finalmente, solicitó ser desvinculada de la presente acción constitucional, pues estima que no ha lesionado las garantías supraleales invocadas por el actor en este especial instrumento.

La **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES** luego de mencionar las normas que contemplan los requisitos para el reconocimiento de licencias de paternidad, señaló que los hechos objeto de censura no están dirigidos contra esa entidad, y comoquiera que en el presente asunto se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva, solicitó su desvinculación de este trámite constitucional y negar cualquier solicitud de recobro por parte de la convocada.

A su turno, la **SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD**, luego de realizar un marco normativo sobre el reconocimiento de licencia de paternidad, indicó que no ha vulnerado las garantías constitucionales del querellante, pues no es la entidad competente para garantizar la prestación económica solicitada por el accionante, siendo responsabilidad de la EPS correspondiente pronunciarse de fondo sobre la misma; por tal motivo resulta evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva respecto de esa entidad.

II. CONSIDERACIONES

De la Acción de Tutela

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia es viable, cuando un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

Problema Jurídico

En el caso objeto de análisis el problema jurídico consiste en determinar si se ha vulnerado o no al actor el derecho fundamental a la seguridad social y mínimo vital por parte de la convocada, en razón a la negativa en reconocer y pagar la prestación económica por concepto de licencia de paternidad reclamada por el tutelante, toda vez que, realizó de manera extemporánea el pago de los aportes correspondientes al mes de noviembre de 2023 con sus respectivos intereses de mora.

Seguridad Social como derecho fundamental

Debe precisarse que el derecho a la seguridad social *“surge como un instrumento a través del cual se le garantiza a las personas el ejercicio de sus derechos subjetivos fundamentales cuando se encuentran ante la materialización de algún evento o contingencia que mengüe su estado de salud, calidad de vida y capacidad económica, o que se constituya en un obstáculo para la normal consecución de sus medios mínimos de subsistencia a través del trabajo”*

Es así como el artículo 48 de la Constitución Política denota una doble acepción. En primer lugar, como un *“servicio público de carácter obligatorio”* el cual su *dirección, coordinación y control, estará a cargo del Estado, bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, en segundo lugar, como un derecho irrenunciable, garantizado a todos los habitantes del Estado”*.

La Corte Constitucional ha señalado que la seguridad social hace referencia a los medios de protección que brinda el Estado para salvaguardar a las personas y sus familias de las contingencias que afectan la capacidad que estos tienen para generar ingresos suficientes para vivir en condiciones dignas y confrontar circunstancias como la enfermedad, la invalidez o la vejez [26]. El Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 19 destacó:

La Corte Constitucional ha mencionado que frente al derecho a la seguridad social incluye el derecho a obtener y mantener prestaciones sociales, ya sea en efectivo o en especie, sin discriminación, con el fin de obtener la protección, en particular *“contra: a) la falta de ingresos procedentes del trabajo debido a enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte de un familiar; b) gastos excesivos de atención de salud; c) apoyo familiar insuficiente, en particular para los hijos y los familiares a cargo”*.

Licencia de paternidad

La licencia de paternidad se fundamenta 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.

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-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Convine memorar que, la Corte Constitucional, ha reiterado que, para conceder la licencia de paternidad, la EPS no puede exigir una cotización ininterrumpida de todo el periodo de gestación para conceder la licencia, ya que *"afecta directa y desproporcionadamente el derecho al mínimo vital del accionante, lo cual, tiene consecuencias en el ejercicio y la garantía de los derechos de su pareja, quien se encuentra en periodo de lactancia y del niño recién nacido. Por lo anterior, la vulneración de los derechos del accionante al mínimo vital y a la seguridad social también implica contrariar el interés superior del niño"* (Sentencia T- 114 de 2019).

Ahora bien, la Ley 2114 del 2021 modificó al artículo 236 del Código sustantivo de trabajo, aumentando a dos semanas la licencia de paternidad y creando la licencia parental compartida contenida en el parágrafo cuarto de la citada norma que establece que los padres pueden distribuir libremente entre si las últimas seis semanas de la licencia de maternidad previo cumplimiento de los requisitos expuestos en la norma. Esta licencia no afecta las dos semanas a que tiene derecho el padre cuando es beneficiario de la licencia de paternidad.

El artículo 2.1.13.3 del Decreto 780 de 2016 establece que para el reconocimiento y pago de esta prestación el cotizante debe haber realizado aportes durante el periodo de gestación de la madre y no hay reconocimiento proporcional si las cotizaciones se realizaron por un periodo inferior al de gestación.

En caso de que el empleador o el trabajador independiente no hubieran cotizado por algún periodo durante los meses de gestación de la madre, se hará el reconocimiento de la respectiva prestación siempre y cuando se pusieran al día en el pago de los aportes con los respectivos intereses de mora al momento del parto.

La procedencia de la acción de tutela para obtener el pago de una licencia de maternidad

Acerca de la naturaleza de esa prestación y de la posibilidad de reconocerla mediante la acción de tutela, la Corte Constitucional en sentencia T-190 de 2016, precisó que:

*"Frente a la procedencia de la acción de tutela para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, la jurisprudencia de esta Corporación ha dicho que en principio, dicho mecanismo constitucional es improcedente, ya que es un derecho de carácter prestacional. En este sentido, sería necesario que el tutelante acudiera a la jurisdicción ordinaria laboral para obtener el pago de la misma. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha admitido que **cuando la falta de pago de la licencia de maternidad o paternidad afecte los derechos fundamentales al mínimo vital del accionante y del menor de edad, el mecanismo de amparo se convierte en la acción judicial procedente para obtener su pago.**" (Resalta el Despacho).*

Caso Concreto

Descendiendo al caso bajo estudio y analizadas las pruebas allegadas al plenario, observa el Despacho que el accionante **CAMILO AUGUSTO SANCHEZ**

PEREZ pretende la protección de sus derechos fundamentales a la seguridad social y mínimo vital, en consecuencia, se ordene a la convocada SALUD TOTAL EPS-S S.A., que proceda a reconocer y pagar la prestación económica por concepto de licencia de paternidad, pues afirma que la accionada se negó a reconocer dicha prestación económica por haber efectuado los aportes de manera extemporánea.

En relación con lo anterior, **SALUD TOTAL EPS-S S.A.**, informó que la solicitud de licencia de paternidad en calidad de cotizante independiente, comprendida del 17 de noviembre de 2023 al 30 de noviembre de 2023, no cuenta con radicación de cuenta bancaria, lo cual se solicita para el respectivo desembolso. Además, expuso que, liquidó la licencia petitionada mediante Nail: P13326143 por la suma de \$1.113.928.

No obstante, en el trámite de la presente acción constitucional esta sede judicial contactó al accionante CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ a fin de corroborar si la accionada efectuó el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad que reclama a través de este especial sendero, quien afirmó que no ha recibido ningún pago o transferencia por dicho concepto, tal como consta en informe secretarial que obra a folio 16 del dossier.

Por lo anterior, y reconocida por la accionada la afiliación en calidad de cotizante independiente y la existencia de la incapacidad/licencia de paternidad, se estudiará la procedencia de la acción de tutela para el pago de licencias de paternidad, pues según la jurisprudencia, resulta procedente cuando se amenaza directamente el mínimo vital, es así como aplicado al caso en concreto se tiene que dentro de las manifestaciones hechas en el escrito contentivo de tutela, el señor CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ afirmó que: *“la falta de este ingreso genera un gran perjuicio para todo nuestro núcleo familiar”*, y posteriormente señaló: *“...el actuar desplegado por SALUD TOTAL EPS viola flagrantemente no solo mis derechos, sino también los de toda mi familia”*.

Para el caso concreto, se encuentra probado que el parto ocurrió el día **17 de noviembre de 2023**, sumado a que, de conformidad con la certificación de aportes al Sistema de Seguridad Social, se encuentra acreditado el pago durante el periodo de gestación de la madre, incluso se acreditó el pago del aporte correspondiente al mes de noviembre de 2023, que según refieren tanto el accionante como la accionada, fue efectuado de manera extemporánea.

En concreto, los requisitos para que el padre acceda a la prestación económica por licencia de paternidad, pueden recopilarse de la siguiente manera:

i) Para su reconocimiento y pago, conforme a las disposiciones laborales vigentes, se requiere que el afiliado cotizante haya efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre, procediendo el reconocimiento proporcional por cotizaciones, cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

ii) 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.

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2024-00229-00

iii) La licencia de paternidad será liquidada con el ingreso base de cotización declarado por el padre en el mes en que nace el menor o en que fue entregado oficialmente.

En relación con el pago extemporáneo de los aportes y el allanamiento a la mora, es necesario hacer referencia a lo establecido por la Corte Constitucional, en los siguientes términos:

"La entidad obligada a realizar el pago es la empresa prestadora del servicio de salud con cargo a los recursos del sistema de seguridad social integral. No obstante, si el empleador no pagó los aportes al sistema de seguridad social en salud o si los aportes fueron rechazados por extemporáneos, es él el obligado a cancelar la prestación económica." (Sentencias T-258/00 y T-390/01).

Si el empleador canceló los aportes en forma extemporánea y los pagos fueron aceptados en esas condiciones por la entidad promotora del servicio de salud, hay allanamiento a la mora y por tanto la EPS no puede negar el pago de la licencia¹. (negrilla y subrayado fuera de texto)

En cuanto al allanamiento a la mora la Corte Constitucional ha sostenido que cuando se presenta tal fenómeno, las entidades prestadoras de salud, EPS, son las responsables de cancelar la incapacidad por enfermedad general, al respecto estable en la sentencia T-018 de 2010 que:

"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." (Resalta el Juzgado)

En ese mismo sentido, el máximo Tribunal Constitucional, en Sentencia T-526 de 2019, reiteró que:

"Las entidades promotoras de salud que no hayan iniciado las acciones de cobro pertinentes a los empleadores morosos, no pueden negar el reconocimiento y pago de prestaciones económicas, como lo son las incapacidades originadas de enfermedades comunes o la licencia de maternidad, bajo el argumento de que el afiliado –cotizante– se encuentra en mora en los aportes a salud, toda vez que esta (la EPS) contó con los mecanismos para efectuar el cobro coactivo."

Además, el caso objeto de estudio, se advierte que el promotor del amparo cumple con los presupuestos establecidos para el pago de la prestación pretendida, esto es: (i) estar afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en calidad de Cotizante Independiente; y (ii) haber efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre, pues se encuentran acreditados los aportes al sistema desde el mes de febrero de 2023 hasta el mes de enero de 2024, es decir, que los aportes fueron realizados durante el periodo gestación, (iii) que a la fecha del parto se haya pagado la totalidad de las cotizaciones adeudadas con los respectivos intereses de mora, y aun cuando se hayan efectuado pagos de manera extemporánea, la EPS convocada no acreditó que hubiere rechazado el pago realizado, de manera que,

¹ Sentencias T- 458/99, T-765/00, T-906/00, T-950/00, T-1472/00, T-1600/00, T-473/01, T 513/01, T-694/01, T-736/01, T-1224/01, T-211/02 y T-707/02, T-996/02 y T-421 de 2004)

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 licencia de paternidad.**

Bajo los anteriores derroteros legales, jurisprudenciales y fácticos resulta evidente para el Despacho, que el accionante cumple con los términos fijados legal y jurisprudencialmente para obtener el reconocimiento económico de la licencia de paternidad, y dada la naturaleza de dicha prestación, el solo hecho de su no cancelación vulnera el derecho fundamental al mínimo vital y la vida digna del, su pareja lactante y su hijo recién nacido.

En efecto, como establece la jurisprudencia constitucional, la licencia de paternidad comporta una medida de protección en favor del menor recién nacido, la cual se efectiviza no solo a través de su reconocimiento como período para garantizar al infante el acompañamiento de su progenitor durante sus primeras horas siguientes al nacimiento, sino además con el efectivo pago de una prestación económica dirigida a reemplazar los ingresos que percibía el padre destinados a cubrir las necesidades de su núcleo familiar y las del neonato, durante el tiempo que cesa en sus actividades para disfrutar del periodo concedido. Privilegio que es reconocido a los padres trabajadores, sean dependientes o independientes, de manera que, su negación conlleva a la vulneración de su garantía constitucional al mínimo vital, y es precisamente uno de los fines del Estado evitar que esto ocurra, además la EPS accionada no controvirtió, ni desvirtuó dicha afectación.

Así las cosas, en aras de garantizar el derecho al mínimo vital, y la seguridad social del señor CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ y su menor hijo, el Despacho ordenará a SALUD TOTAL EPS-S S.A., que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta decisión, efectúe todos los trámites administrativos a que haya lugar para lograr y materializar el pago de la licencia de paternidad a que tiene derecho el accionante por el valor legal que corresponda, conforme con la base de cotización mensual de sus aportes, y de ser necesario algún documento adicional a los ya radicados para su desembolso requiera al accionante para que lo aporte.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO 39 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER el amparo constitucional solicitado por **CAMILO AUGUSTO SANCHEZ PEREZ** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.070.609.616, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al representante legal de SALUD TOTAL EPS-S S.A, o quien haga sus veces, que dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de este fallo, sin importar los trámites administrativos que tenga que adelantar, proceda **RECONOCER, LIQUIDAR y CANCELAR** al accionante la licencia de paternidad con fecha de inicio **17/11/2023** y fecha final **30/11/2023**, por el valor legal que corresponda, de conformidad con la base de

ACCIÓN DE TUTELA No. 11001-4189-039-2024-00229-00

cotización mensual de sus aportes, y de ser necesario algún documento adicional a los ya radicados para su desembolso requiera al accionante para que lo aporte.

De las determinaciones que se adopten en cumplimiento de este fallo deberá notificarse el Juzgado dentro del término atrás indicado.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible. **Entréguese copia del presente fallo a la accionada.**

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Firmado Por:

Cristhian Camilo Montoya Cardenas

Juez Municipal

Juzgado Pequeñas Causas

Juzgado 39 Pequeñas Causas Y Competencia Múltiple

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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: **346c42427ce2117488ff78d7eb234ed3c9fae2382aabd9202dfc1b3037c11217**

Documento generado en 04/03/2024 07:18:17 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>