

Referencia	Acción de Tutela
Accionante:	Milton César Hernández Franco
Accionado:	Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A
Radicación:	63-001-41-05-001-2023-00206-00
Tema	Procedencia de la Acción de Tutela para el pago de licencia de paternidad.
Subtemas: <i>i)</i> Reconocimiento y pago de licencia de paternidad: Subsidiariedad e inmediatez. <i>ii)</i> marco normativo referente al pago de licencia de paternidad. <i>iv)</i> afiliación irregular al sistema de seguridad social integral por personas jurídicas o naturales no autorizadas por el Ministerio de Salud. <i>v)</i> allanamiento a la mora en el pago de los aportes al sistema de seguridad social.	

Armenia, veinte (20) de Junio de dos mil veintitrés (2023)

SENTENCIA DE TUTELA

Decide el despacho en primera instancia la acción de tutela promovida por **Milton Cesar Hernández Franco** en contra de **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**

I. ANTECEDENTES

Milton Cesar Hernández Franco promovió la acción constitucional con el propósito que se le amparen sus derechos fundamentales “*Seguridad Social, vida en condiciones de dignidad y al Mínimo Vital*”, mismos que, presuntamente fueron transgredidos por la entidad accionada al no reconocer el pago de una licencia de paternidad.

Como fundamento de la acción, manifestó que se encuentra afiliado a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A, indicó que el pasado 23 de marzo de 2023, su cónyuge dio a luz; adujo que con ocasión de esto radicó ante la entidad la documentación requerida con el fin que procedieran efectuar la transcripción y

el reconocimiento y pago de la licencia referida; aseveró que el 26 de mayo de 2023, se negó la prestación por “*cancelación fuera de la fecha límite*”. Explicó que la decisión no se ajusta a las preceptivas del decreto 1427 de 2022, dado que las cotizaciones se pueden realizar “*mes vencido*” de manera que el pago del mes de marzo de 2023 fue liquidado para el mes de abril de 2023, y que la Corte Constitucional ha precisado cuales son los efectos del allanamiento a la mora. Indicó que la decisión de la EPS, desconocen sus derechos fundamentales al mínimo vital y el de sus dos hijos de 10 años y 2 meses.

En respuesta **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**, indicó que el accionante se encuentra afiliado a la EPS como “cotizante dependiente”, explicó que el día 22 abril de 2023 la empresa radicó la la licencia de paternidad para su respectivo trámite de validación y expedición. Dijo que el día 28 de abril de 2023 se procedió con la validación y comprobación de derechos y se expidió la licencia de paternidad comprendida desde el 23-03-2023 hasta el 05-04-2023 mediante el certificado No 58536981, y la cual se tramitó sobre un ingreso base de cotización (IBC) de \$1.160.000,00, por ser el salario reportado en el mes de inicio de la licencia (marzo de 2023) mediante planilla de liquidación de aportes Nro. 60349163 presentada el 13 de marzo de 2023, la cual corresponde a 14 días.

Explicó que a la fecha la Licencia de paternidad tramitada con número de certificado No. 58536981, no ha sido autorizada para el reconocimiento de las prestaciones económicas, toda vez que, no cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 1427 de 2022. Explicó que de conformidad con la norma, los aportes ante el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) deben realizarse máximo en la fecha límite de pago del periodo de cotización en el que inicia la licencia; para lo cual se

toma como referencia las tablas descritas en el Decreto 1990 de 2016 la cual determina los plazos máximos para el pago según el Número de identificación Tributaria (N.I.T.), y que en el caso en particular el pago tenía que realizarse en el día hábil 2, siendo la fecha máxima de pago el 2 de marzo de 2023, pero el pago se realizó el 13 de marzo de 2023.

Al trámite de la acción constitucional fue vinculada **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística s.a.s. - Sonatransa S.A.S**, explicó que el accionante es un trabajador independiente que, contrató a su vez, los servicios dicha sociedad para que ésta a su vez realice el proceso de pago de su seguridad social; agregó que la única función de la entidad, era efectuar dichos pagos y acreditarlos a nombre del accionante. Dijo que el accionante, de su propio peculio entregaba mensualmente a la sociedad, las sumas de dinero a que hubiera lugar, para que dicha empresa realizara el pago de la seguridad social, sin que para ello existiera o se configurara relación laboral como empleador o empleado, por lo que ninguna responsabilidad le asiste frente a las prestaciones reclamadas.

Para resolver basten las siguientes,

II. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

Al tenor del **artículo 86 de la C.P**, la acción de tutela es un mecanismo preferente y sumario de defensa judicial de derechos fundamentales cuando quiera que éstos estén vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o privada en los casos previstos en la ley; además y de conformidad con lo previsto en los artículos 1, 5, 6, 8, 10 y 42 del Decreto 2591 de 1991, para efectos de determinar la procedencia de la acción de tutela debe acreditarse los

requisitos de legitimación en la causa (activa y pasiva); la inmediatez; y la subsidiariedad.

En lo referente a la **legitimación en la causa por activa**, el artículo 86 de la constitución política en concordancia con el artículo 10 del decreto 2591 de 1991, ésta se configura: i) a partir del ejercicio directo de la acción ii) de la representación legal, -como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas-, iii) a través de apoderado judicial -caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo-; iv) o por medio de agente oficioso. No obstante, esta última figura no procede directamente, pues es necesario que el agente oficioso afirme que actúa como tal y además demuestre que el agenciado no se encuentra posibilitado para promover su propia defensa. (C.C. T-054 de 2014).

Respecto de la **legitimación por pasiva**, de la lectura de los artículos 5, 13 y 42 del decreto 2591 se establece que la acción de tutela se puede promover contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, y de los particulares, en este último caso siempre que estén encargados de la prestación de un servicio público, o, respecto de quienes el solicitante se halle en situación de subordinación e indefensión.

En lo que comporta a la **inmediatez**, la finalidad de la acción de tutela es garantizar la protección inmediata de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados; en ese orden si bien la acción de tutela se puede formularse en cualquier tiempo, su interposición debe darse en un tiempo razonable, oportuno y justo. Sin embargo, la Corte Constitucional ha indicado que el

requisito no es exigible de forma estricta cuando se demuestra que la vulneración cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez sea muy antiguo respecto de la presentación de la tutela, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos continúa y es actual. (CC T-194/21)

Finalmente y en lo que atañe a la **subsidiariedad** el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la acción de tutela tiene un carácter subsidiario, por lo que solo procede cuando quiera que el afectado no tenga otro medio de defensa judicial; también cuando existiendo el mecanismo i) se ejerza la acción como un mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o ii) éste resulte ineficaz, caso en el que la tutela se convierte en un mecanismo de protección definitivo **(CC T-177 de 2013)**.

La valoración del perjuicio irremediable implica la concurrencia de varios elementos esenciales a saber, i) que sea cierto, es decir que existan fundamentos empíricos acerca de su probable ocurrencia, ii) debe ser inminente, esto es que esté próximo a suceder, y iii) que su prevención o mitigación sea urgente para evitar la consumación de un daño. (CC-T 554/19)

Y en lo que respecta la acreditación del mentado requisito en aquellos eventos en los que se exige el pago de la licencia de paternidad o maternidad, ha destacado la jurisprudencia constitucional que por regla general la acción de tutela es improcedente el reconocimiento y pago de derechos de carácter económico surgidos de una relación laboral. Lo anterior en razón a que aquellos derechos son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de la justicia ordinaria. No obstante, ha destacado que de forma excepcional

ha admitido su procedencia 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. (CC T-190/16, T-114/19)

La licencia de paternidad se encuentra contenida en el parágrafo 2 del artículo 236 del CST, y se establece que «el padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad»; dicha prestación se encuentra a cargo del sistema de seguridad social en salud y en concreto a cargo de las Entidades Promotoras de Salud. En cuanto al monto, la norma no exige un determinado tiempo de cotización, así que cualquiera sea el tiempo cotizado se pagará la licencia, pero si no ha cotizado durante todo el periodo de gestación, se reconocerá la licencia de paternidad en proporción al tiempo cotizado.

Ha de precisarse, además que por virtud del artículo 121 del Decreto 19 de 2012, si bien la EPS es la encargada de asumir el pago de las incapacidades y las licencias de maternidad o paternidad, debe el empleador liquidar y asumir su pago de manera directa, pero con el respectivo derecho a recobrar a la EPS lo pagado. En términos simples, la única obligación del trabajador es reportar a su empleador la incapacidad médica o la licencia de maternidad o paternidad para que este gestione el reconocimiento y pago ante la EPS. Para el caso de los trabajadores independientes deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC (**artículo 2.2.3.1.1 del Decreto 780 de 2016**).

A partir de todo lo anteriormente expuesto, encuentra el despacho que, **Milton César Hernández Franco** se encuentra legitimado por activa para invocar la protección de los derechos

fundamentales a las luces del inciso 2 del artículo 10 del decreto 2591 de 1991, habida cuenta que actúa en nombre propio y es el titular de los derechos fundamentales supuestamente conculcados, y **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A** por pasiva para atender el pedimento reclamado pues a pesar que es un particular está encargado de la prestación de los servicios de salud de la accionante y de contera tiene que garantizar también la atención de sus requerimientos y/o reclamos.

En cuanto a la subsidiariedad, estima el despacho que aun cuando el accionante cuenta con los mecanismos ante la justicia ordinaria, tales mecanismos en este caso puntual en el que se hace un reclamo de dos (2) semanas de salario resulta no ser el medio idóneo para lograr el cometido, aunado a que la ausencia de pago y las características propias del caso, que se explicitarán mas adelante, hacen que la ausencia de pago atente contra el mínimo vital del accionante y de su hijo menor de edad.

En cuanto a la inmediatez, nota el despacho que el 23 de marzo de 2023 nació el hijo menor del accionante (fl 22 archivo 1), además que el 22 de abril de 2023 radicó ante la EPS la solicitud de licencia por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2023 al 5 de abril de 2023, y ésta fue negada el 26 de mayo de 2023 (f. 23 archivo 01). Según esto es claro que entre la calenda en que la accionada negó el derecho prestacional y la fecha en que se acudió a la tutela, esto es el 2 de junio de 2023, ha transcurrido un termino mas que prudencial, de allí que se puede considerar que el requisito ha sido superado.

Entrando entonces en el quid del asunto lo primero a destacar es que el Sistema General de Seguridad Social en Salud tiene

dispuesto la responsabilidades frente al pago de las incapacidades y licencias en cada caso concreto, donde se establece que tal erogación en principio le corresponde el pago a las Entidades Promotoras de Salud, de modo que la prestación económica generada al accionante por tal concepto está en cabeza de **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**, eso si mediante el pago directo por parte de su supuesto empleador **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S**, con derecho a recobrar lo pagado.

En ese orden, con independencia de los argumentos que haya tenido la EPS para negar la prestación, quien debía en principio asumir el pago de la prestación es quien figura como empleador del demandante **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S**, máxime si en el libelo genitor se señala que el accionante es trabajador dependiente, y así figuran reportadas las cotizaciones al sistema. Al punto, el despacho en el auto que avocó la tutela indagó sobre la modalidad contractual que une a las partes, los extremos temporales del vínculo contractual, el Salario u honorarios pagados, un informe si a la fecha ha cancelado al accionante alguna suma de dinero por concepto de incapacidades médicas o si ha adelantado alguna gestión ante la E.P.S del accionante para el pago de las incapacidades medicas autorizadas a su nombre; en respuesta a la tutela la sociedad fue contundente, acepta que su labor es intermediar al sistema de seguridad social, lo cual hace reportando a los afiliados como trabajadores dependientes.

Sin embargo y al revisar la pagina web del Ministerio de Salud¹, al punto se constata que la sociedad no se encuentra autorizada

¹<https://www.minsalud.gov.co/proteccionsocial/Regimencontributivo/Lists/Minsaludafiliacioncolectiva/AllItems.aspx>

en el **Departamento del Valle** de donde es oriunda la sociedad, para realizar afiliaciones colectivas al sistema de seguridad social integral en los terminos señalados en los **Decretos 3615 de 2005 y 2313 de 2006**, ni mucho menos para afiliar a trabajadores independientes, circunstancia que incluso es aceptada por la sociedad ante el cuestionamiento hecho en esta instancia sobre ese punto. Esto significa que la entidad presuntamente ha incurrido en actividades ilegales de afiliación individual o colectiva sin contar con la autorización del Ministerio de Salud y Protección Social, contrariando así el **Artículo 2.1.1.8 del Decreto 780 de 2016**, que expresamente lo prohíbe así:

Artículo 2.1.1.8 Prohibición de adelantar afiliaciones por entidades no autorizadas. En el Sistema General de Seguridad Social en Salud está prohibido realizar la afiliación individual o colectiva a través de relaciones laborales inexistentes o por entidades que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio de Salud y Protección Social. Esta conducta se tendrá como práctica no autorizada y será investigada y sancionada por las autoridades competente

Si bien este juzgador en asuntos similares al debatido, ha establecido un pagador provisional de las incapacidades, ordenando al empleador que asuma el pago de la prestación económica; empero en este caso, para acreditar la inmediatez del pago, además, de evitarle trámites administrativos al accionante se dispondrá ordenar el pago directamente a la EPS enjuiciada.

La razón que justifica este proceder es que al revisar en detalle las cotizaciones realizadas por el accionante no se encuentra evidencia de mora, y de hecho si existiera por la razón expuesta en la contestación de la tutela esto es porque se realizó el pago de la cotización diez días después de la fecha de corte, es infima y ante el pago no se pueden aplicar consecuencias tan gravosas como la pérdida del beneficio máxime en este caso en el que el accionante seguramente se encuentra cotizando al sistema bajo la convicción de realizar cotizaciones como independiente.

Además, y sin ser menos importante, no se evidencia que la accionada haya adoptado las gestiones de cobro coactivo en la calenda en que se presentó la supuesta mora, de allí que en los términos de la jurisprudencia constitucional se ha presentado un allanamiento a la mora, que implica que las empresas prestadoras del servicio de salud EPS, no pueden negarse a cancelar el pago de las licencias de paternidad o maternidad. **(T 025/17)**

Por lo expuesto se concederá la tutela de los derechos fundamentales reclamados, y en concreto el del mínimo vital y se ordenará a la Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a **pagar de forma directa** a Milton **Cesar Hernández Franco**, la licencia de paternidad por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2023 al 5 de abril de 2023. Se advierte que el pago no se puede hacer a través de **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S**, habida cuenta que la sociedad se dedica a intermediar ilegalmente a la seguridad social de allí que la EPS deberá adoptar los correctivos administrativos para que dicha sociedad no siga contribuyendo al atentado de los derechos fundamentales de las personas que están realizando aportes al sistema de seguridad social como independientes, tal como aquí ocurrió.

Así mismo se compulsará copias de las actuaciones surtidas para que dentro del marco de sus competencias el **Ministerio de Salud y Protección Social, Ministerio de Trabajo, la Superintendencia Nacional de Salud, la Superintendencia de la Economía Solidaria, la Unidad de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales -UGPP-**, investiguen y si es el caso

adopten los correctivos que haya lugar frente al comportamiento al parecer irregular de afiliar colectivamente al sistema de seguridad social sin autorización de dicha entidad por parte de **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S.**; también se compulsarán copias a la **Fiscalía General de la Nación** para que investigue la eventual comisión de algún delito por parte de su representante legal.

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Laboral Municipal de Pequeñas Causas de Armenia Quindío**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR el derecho fundamental al mínimo vital de **Milton Cesar Hernández Franco**, de condiciones civiles conocidas en el proceso.

SEGUNDO: ORDENAR a la **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A** que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia adelante las gestiones administrativas tendientes a **pagar de forma directa** a **Milton Cesar Hernández Franco**, la licencia de paternidad por el periodo comprendido entre el 23 de marzo de 2023 al 5 de abril de 2023.

TERCERO: ORDENAR a la **Entidad Promotora de Salud Sanitas S.A**, que **se abstenga** de realizar cualquier pago de prestaciones económico-asistenciales a **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S.**, en tanto que esta sociedad **se dedica ilegalmente a intermediar en el pago de aportes al sistema de seguridad social en salud.**

CUARTO: COMPULSESE copias de la tutela y sus anexos a las autoridades descritas en la parte motiva de esta providencia para que investiguen los comportamientos irregulares y eventualmente delictuosos de **Soluciones Nacionales de Transporte y Logística S.A.S. - Sonatransa S.A.S** en la afiliación colectiva al sistema de Seguridad Social.

QUINTO: NOTIFICAR a los interesados en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si esta decisión no fuere impugnada

Notifíquese y cúmplase,

MANUEL ALEJANDRO BASTIDAS PATIÑO
JUEZ



Puede escanear este código QR para acceder al Micrositio del Juzgado o dirigirse al siguiente enlace <https://t.ly/P-59>