República de Colombia
Rama Judicial

JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C., CONVERTIDO EN JUZGADO 63 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MÚLTIPLE DE BOGOTA

Bogotá D.C., veintisiete (27) de abril de dos mil veinte (2020)

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA No. 2020-0320
ACCIONANTE: RUBEN DARIO SANCHEZ MARTINEZ
ACCIONADA: COMPENSAR EPS

1. **ASUNTO A RESOLVER**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, presentada por Rubén Darío Sánchez Martínez quien actúa en causa propia y en representación de su menor hija Alison Sofia Sánchez Montero, en contra Compensar EPS, donde acusa la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad.

2. **ANTECEDENTES**

2.1. Señaló el accionante, que desde el 3 de junio de 2014 se encuentra afiliado a Compensar EPS y que en la actualidad se encuentra laborando en la empresa Fortox SA.

2.2. Indicó, que el día 17 de febrero de 2020 nació su menor hija, Alison Sofía Sánchez Montero, por lo tanto, le concedieron incapacidad por ocho (8) días desde el 17 al 26 de febrero de esta anualidad.

2.3. Por lo anterior, procedió a reclamar su licencia de paternidad conforme lo regula el artículo 1 de la Ley 1468 de 2011, que modificó el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

2.4. El día 27 de febrero de 2020, radicó incapacidad con la documentación requerida por la EPS Compensar, (certificado de nacido vivió, fotocopia del registro civil de nacimiento, fotocopia de la historia clínica y fotocopia de su cedula de ciudadanía), para el reconocimiento de su licencia de paternidad.

2.5. Afirmó, que el día 2 de marzo de 2020, la EPS Compensar manifestó que no le otorgaría su derecho a la licencia de paternidad, argumentando inconsistencias en el sistema.

2.6. Por último, argumentó que el no pago de la licencia de paternidad, vulnera su derecho fundamental al mínimo vital, principalmente cuando ha reunido los requisitos de Ley para ser acreedor de la misma.

3. **PRENTESIONES**

3.1. Tutelar sus derechos fundamentales al mínimo vital, seguridad social, salud e igualdad y ordenar a COMPENSAR EPS realizar el reconocimiento de su licencia de paternidad.

4. **TRAMITE PROCESAL**

Admitida a trámite la presente acción constitucional, mediante proveído del 21 de abril de 2020, se dispuso la notificación de la accionada COMPENSAR EPS**,** para que en el término de un (1) día, se pronunciara sobre los hechos de la acción de tutela y ejerciera su derecho de defensa, además, el Despacho consideró pertinente vincular a la sociedad FORTOX SA y al MINISTERIO DE TRABAJO, para lo de su cargo.

Dentro del término concedido a la accionada y vinculadas, se pronunciaron frente a la acción constitucional así:

COMPENSAR EPS: Informó que el accionante se encuentra activo en el Plan de Beneficios de Salud en calidad de cotizante dependiente, garantizándole todas las prestaciones de asistencia y/o servicios requeridos según su estado de afiliación.

Por otra parte, aclaró que la normatividad legal vigente aplicable es el Decreto 780 de 2016, en su artículo 2.1.13.1, para el reconocimiento de la licencia de paternidad se exige que el padre haya cotizado durante el periodo de gestación de la madre.

Argumentó que el accionante no cumple los periodos mínimos de cotización, ya que cotizó 246 días, de 270 días del periodo de gestación, por lo tanto, rechazó el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues como evidenció en el ADRES, el accionante en los meses de septiembre y octubre de 2019, no cotizó sobre los 30 días.

Así las cosas, para que proceda el pago proporcional de la licencia de paternidad, es necesario efectuar el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud, como lo ordena la normatividad, habida cuenta que dichos recursos no son de propiedad de Compensar sino de SGSS-S, que administra y regula con las demás instituciones el sistema.

Por lo anterior, solicitó declarar la improcedencia de la acción de tutela y en consecuencia negar el amparo deprecado, toda vez que no ha incurrido en ninguna acción u omisión que vulnere los derechos fundamentales del accionante y su conducta esta acorde a la normatividad.

En subsidio peticionó que, en el evento que el Despacho considera que Compensar EPS, debe asumir el pago de la licencia de paternidad objeto de controversia, se ordene de forma expresa a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – ADRES, el rembolso delo 100% del mismo.

MINISTERIO DE TRABAJO: Peticionó la improcedencia de la acción en su contra por falta de legitimación en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que no existen obligaciones ni derechos recíprocos entre el accionante y la entidad, lo que da lugar a que haya ausencia del Ministerio, bien sea por acción o por omisión de vulneración o amenaza alguna de los derechos fundamentales invocados por la accionante.

FORTOX SA: Arguyó que el accionante al momento de la presentación y radicación de la incapacidad ante la EPS, se encontraba vinculado a la compañía, quien como empresa empleadora realizó el trámite.

Advirtió que ha cumplido con el pago de los aportes al Sistema General de Seguridad Social del accionante, por tanto, ha cumplido su obligación patronal y es la EPS la llamada a responder frente a este tipo de prestaciones económicas.

Por último, indicó que el reconocimiento y pago de las incapacidades están a cargo de las Entidades Promotoras de Salud- EPS, por consiguiente, no está llamada a responder por el reconocimiento y el pago.

5. CONSIDERACIONES

La Constitución Política, es la que consagra la posibilidad que tienen los ciudadanos a acudir al mismo Estado a que se le protejan sus derechos, que de una u otra manera sean vulnerados por conductas de particulares o de cualquiera autoridad. Cuando la violación tenga que ver con derechos individuales de carácter fundamental, que constitucionalmente se consagran, la acción pertinente es la de tutela.

Requisitos Formales de Procedencia de la Acción de Tutela.

El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción constitucional "*podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos*". En esta oportunidad, la acción de tutela fue presentada por Rubén

Darío Sánchez Martínez, quien actúa directamente y en representación de su menor hija, procurando la protección inmediata de sus derechos e intereses fundamentales, por consiguiente, encuentra el despacho que el tutelante tiene legitimación por activa.

Por su parte, la legitimación por pasiva dentro del trámite de amparo hace referencia a la capacidad legal del destinatario de la acción de tutela para ser demandado, pues está llamado a responder por la vulneración o amenaza del derecho fundamental en el evento en que se acredite la misma en el proceso. Según el artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, la tutela procede contra cualquier autoridad pública y excepcionalmente, contra particulares: (i) encargados de la prestación de un servicio público; (ii) cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo; o (iii) respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión, de acuerdo con los casos que la ley establezca para el efecto, entre otros eventos.

El numeral 2º del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, señala que la acción de tutela procede contra cualquier autoridad que esté encargada de la prestación del servicio público de salud.

En el asunto de la referencia, la EPS que funge como demandada es un particular que presta los servicios públicos de salud y de seguridad social y que, en todo caso, forma parte del SGSSS, por lo que contra ella procede la acción de tutela.

Así mismo, la empresa FORTOX SA, es una persona jurídica de derecho privado, respecto de la cual el accionante tiene relación de subordinación, por lo que es apta para ser vinculada en la presenta acción de tutela. Así las cosas, se encuentra demostrada la legitimación en la causa por pasiva.

De otro lado, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable, esto es, cumplir con el requisito de inmediatez. Este requisito responde a la pretensión de "*protección inmediata*" de los derechos fundamentales de este medio judicial, que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción en un tiempo razonable.

Al respecto, para este Despacho es dable que se halla satisfecho este requisito, en razón a que la acción de tutela presentada en un tiempo razonable, toda vez que la licencia de paternidad acaeció entre los días 17 al 26 de febrero de 2020 y la acción de tutela fue radicada el 21 de abril de la misma anualidad, lo cual, transcurrió un término de alrededor de un (1) mes y Veintiún (21) días.

Por último, sobre el requisito se subsidiariedad, el Despacho advierte que el caso bajo estudio plantea una controversia sobre un derecho de carácter económico surgido de una relación laboral como la licencia de paternidad, los

cuales, son protegidos en el ordenamiento jurídico colombiano a través de las acciones jurisdiccionales ante la Superintendencia Nacional de Salud y los procesos laborales ordinarios.

Así las cosas, dadas las circunstancias que en la actualidad presenta el mundo, por la declaratoria de la Organización Mundial de la Salud de la enfermedad del coronavirus (covid-19) y el estado de emergencia sanitaria en todo el territorio nacional[1], además, por la suspensión de términos en todo el país a partir del 16 de marzo de 2020, ordenando a los jueces y empleados judiciales laborar en sus casas, exceptuando las acciones de tutela y los jueces de control de garantías[2], considera el Despacho que la presente acción de tutela esta llamada a proceder como mecanismo principal, pues se desconoce el término que pueda perdurar la emergencia sanitaria y la reanudación de los términos judiciales, para que el accionante pueda acudir a los mecanismos ordinarios a exigir la protección de las garantías constitucionales presuntamente vulneradas.

Derecho al Mínimo Vital

El mínimo vital es un derecho fundamental que tiene como característica ser cualitativo, por lo que supone que cada quien viva de acuerdo al estatus adquirido durante su vida. Sin embargo, esto no significa que cualquier variación en los ingresos implique necesariamente una vulneración de este derecho. Por el contrario, existe una carga soportable para cada persona, que es mayor entre mejor haya sido la situación económica de cada quien. Por esto, entre mayor sea el estatus socioeconómico, es más difícil que variaciones económicas afecten el mínimo vital y, por ende, la vida digna. (Sentencia T-184 de 2009, M.P. JUAN CARLOS HENAO PEREZ).

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*

[1] Decreto 417 del 17 de marzo de 2020.
[2] Acuerdos PCSJA-11517, 11518, 11521, 11526, 11528 y 11532, expedidos por el Consejo Superior de la Judicatura.

del menor a la sociedad". (Sentencia C-633 de 2009. M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

Responsable del Pago de la Licencia de Paternidad a los Trabajadores Dependientes.

De conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, en el caso de los trabajadores dependientes, el trámite de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se encuentra a cargo del empleador. En ese sentido, el trabajador debe informar al empleador sobre la expedición de la licencia respectiva y será el empleador quien adelante la solicitud de los dineros ante la EPS a la que se encuentra afiliado.

Por su parte, la EPS verifica la procedibilidad del pago solicitado en los términos del parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2018 y desembolsa los dineros respectivos al empleador en el caso de los trabajadores dependientes. De esta manera, observa la radicación del Registro Civil de Nacimiento del menor de edad en los 30 días siguientes al nacimiento y efectúa el pago al empleador, si el trabajador cotizó durante las "*semanas previas"* al reconocimiento de la licencia de paternidad.

Realizado el pago de la licencia de paternidad, la EPS procede a recobrar los dineros ante el ADRES mediante el proceso de compensación reglado en los artículos 2.6.1.1.2.1. y subsiguientes del Decreto 780 de 2016. En el curso de dicho proceso administrativo las EPS recobran las licencias de maternidad y paternidad el último día hábil de la tercera semana del mes respectivo.

Bases Jurisprudenciales.

La sentencia T-114 de 2019 de la Corte Constitucional, se pronunció sobre la disputa de un trabajador con su empleador por el no pago de la licencia de paternidad debido a que la EPS, a la que estaba afiliado le reconoció dicha prestación laboral por un valor de (0) pesos. La EPS argumentó que el trabajador no cotizó durante todo el periodo de gestación y así no tenía derecho a acceder a su pago.

En sentencia proferida el Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Cúcuta, denegó la acción de tutela por considerar que no cumplía el requisito de subsidiariedad, ya que el accionante contaba con el mecanismo expedito ante la Superintendencia Nacional de Salud.

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, con ponencia de la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado, examinó el expediente y concluyó que:

(i) la tutela era procedente para solicitar la licencia de paternidad ya que en este caso los recursos ante la Superintendencia de Salud y el juez laboral no eran eficientes e idóneos para salvaguardar los derechos del trabajador y su familia.

(ii) el empleador es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica, y si bien es cierto que existió un debate sobre el cumplimiento del requisito mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia de paternidad del accionante, también lo es que dicho debate debió surtirse entre el empleador y la EPS respectiva sin afectar los derechos de los trabajadores.

(iii) la EPS no podía exigir la cotización ininterrumpida de todo el periodo de gestación para conceder la licencia de paternidad al trabajador.

(iv) porque de acuerdo con la interpretación más favorable de la Ley 1822 de 2017, para el pago de la licencia de paternidad es posible exigir al trabajador la cotización mínima de por lo menos dos semanas previas al reconocimiento de su licencia.

La corporación determinó que exigir por lo menos dos semanas como requisito mínimo de cotización para acceder al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad es razonable y proporcional de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte y maximiza la protección de los derechos fundamentales del trabajador, la madre lactante y su hijo recién nacido, sin poner en riesgo el equilibrio económico del sistema de seguridad social.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Corte Constitucional protegió los derechos fundamentales a la seguridad social y al mínimo vital del accionante, y ordenó al Consorcio Minero de Cúcuta el pago al accionante de la totalidad de la licencia de paternidad. Además, la Corte ordena a la Nueva EPS que desembolse los dineros respectivos a las cuentas del empleador.

ANALISIS DEL CASO.

Revisado el caudal probatorio arrimado al proceso, se advierte que el actor constitucional, realizó aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud a través de su empleador FORTOX SA, desde que inicio su primer contrato laboral con dicha sociedad en el año 2015 hasta la actualidad, supuesto fáctico que fue avalado por la EPS accionada con el certificado de aportes durante los periodos de cotización comprendidos desde el mes de enero de 2010 al mes de abril de 2020, allegado con la contestación de la presente acción constitucional.

Por su parte, compensar EPS al ejercer su derecho de defensa argumentó que el accionante no cumplía con los periodos mínimos de cotización, ya que solo cotizó 246 días de 270 días del periodo de gestación, por lo tanto, rechazó el reconocimiento de la licencia de paternidad, pues como

evidenció en el ADRES, el accionante en los meses de septiembre y octubre de 2019, no cotizó sobre los 30 días.

Pues bien, tal afirmación se aparta de los postulados establecidos por la Corte Constitucional para conceder la licencia de paternidad, pues 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).*

Además, porque de acuerdo con la interpretación más favorable *(in dubio pro operario o de favorabilidad en sentido amplio)* de la Ley 1822 de 2018 de la en su parágrafo 2 de su artículo 1, es posible exigir al trabajador la cotización mínima por lo menos de dos (2) semanas previas al reconocimiento de su licencia y no del todo el periodo de gestación para conceder la licencia; disposición que se encuentra acreditada en el plenario.

Así las cosas, se tiene que el accionante cumplió el requisito legal establecido para que procediera el pago de la licencia de paternidad solicitada, pues realizó las cotizaciones en salud durante las 2 semanas previas al reconocimiento de la licencia de paternidad, por consiguiente, la EPS debió ordenar el pago de los días de trabajo cubiertos por la licencia de paternidad, para que el empleador realizará su respectivo pago, puesto que su negación conlleva a la vulneración de los derechos fundamentales del señor Sánchez Martínez y de su familia.

En consecuencia, se le ordenará a FORTOX SA que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo de tutela, proceda, si todavía no lo ha hecho, al pago efectivo de la licencia de paternidad del accionante, toda vez que el empleador es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica, conforme lo regula el artículo 121 del Decreto 19 de 2012 y debía sortear el debate que se generó sobre el cumplimiento del requisito mínimo de cotización para acceder al pago de la licencia con la EPS accionada, pues dicho trámite de reclamación no se encuentra en cabeza del trabajador, quien funge como accionante.

Así mismo, se advierte que el empleador podrá repetir contra COMPENSAR EPS, para que desembolse los dineros correspondientes para cubrir el pago de la mencionada prestación económica.

Por último, el Despacho denegará la pretensión subsidiaria de la EPS de ordenar expresamente el recobro a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, en razón a que cuenta con el respectivo tramite administrativo ante dicha entidad para realizar el rembolso, si lo considera procedente.

Para finalizar, se dispone la desvinculación del **MINISTERIO DE TRABAJO**, comoquiera que verificada la actuación se advierte que no han vulnerado ningún derecho fundamental del accionante.

DECISIÓN

Por lo expuesto el **JUZGADO OCHENTA Y UNO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ D.C. (Convertido en Juzgado 63 de Pequeñas Causas y Competencia Múltiple)**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

1.- TUTELAR el derecho fundamental al **MINIMO VITAL** que le está siendo vulnerado al accionante **RUBEN DARIO SÁNCHEZ MARTÍNEZ** y a su menor **ALISON SOFIA SÁNCHEZ MONTERO.**

2.- ORDENAR al representante legal y/o quien haga sus veces de **FORTOX SA** 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 **RUBEN DARIO SÁNCHEZ MARTÍNEZ**. Así mismo, **ORDENAR** al representante legal y/o quien haga sus veces de **COMPENSAR EPS**, que desembolse los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017.

3.- Conforme a lo anterior, se excluye de la presente acción de tutela al **MINISTERIO DE TRABAJO.**

4.- NOTIFICAR esta determinación a los intervinientes en la forma más rápida y eficaz, conforme lo ordena el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

5.- REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada esta decisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ERIKA MARITZA MENDEZ ACERO
Juez

DLO