



JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD
Medellín, nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020)

Proceso:	Acción de Tutela
Accionante:	Faustino Oswaldo Ortiz Tapiero
Accionado:	EPS Salud Total S.A
Radicado:	05001 40 03 011 2020-00687-00
Instancia:	Primera
Providencia:	Sentencia Tutela No. 642 de 2020
Decisión:	Concede amparo constitucional

Dentro de la oportunidad contemplada en el artículo 86 de la Constitución Política, se decide la **ACCIÓN DE TUTELA**, promovida por el señor **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO**, en contra de la **EPS SALUD TOTAL S.A**, para la protección de sus derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la integridad física y a la dignidad humana.

I. ANTECEDENTES.

1. Fundamentos Fácticos. Manifestó el accionante que ingresó a laborar a la Empresa Gestión y Compromiso S.A.S, el día 29 de octubre de 2019, que su hijo ISAMAEL ORTIZ BOLIVAR, nació en día 15 de junio de 2020.

Afirmó que la EPS SALUD TOTAL –S S.A a la fecha se está negando de realizar el pago de la licencia de paternidad argumentando que no cumplía con los requisitos exigidos por la norma.

Explicó que, la EPS SALUD TOTAL S- S.A por medio correo electrónico del día 2 de julio de 2020, informó a la empresa para la cual labora GESTION Y COMPROMISO S.A.S que: “no fue posible dar trámite al pago de esta incapacidad, toda vez que no cumple con las semanas mínimas de cotización”.

Finalmente manifestó que, con dicha omisión por parte de SALUD TOTAL-S S.A lo único que logra es vulnerar el derecho al mínimo vital en conexión con el debido proceso, igualmente, dignidad humana, el derecho de la vida digna, cuando se demora o retienen el pago sin justificación alguna.

Que el no pago de los dineros correspondientes a la incapacidad, ha generado una afectación gravísima, toda vez que no le permite acceder al mínimo vital (ni a su familia) toda vez, que debió soportar una complicada situación económica, pues al no recibir lo que por ley le corresponde, ha incurrido en préstamos informales con el fin de darle bienestar a su familia.

2. Petición. Con fundamento en los hechos narrados, solicitó el accionante en tutela, que se tutelaran en su favor los derechos constitucionales invocados, ordenándole a SALUD TOTAL –S S.A, que en un término no mayor de 48 horas, se ordene el pago de las incapacidades por licencia de paternidad tal como se han solicitado en varias oportunidades.

3. De la contradicción. Una vez notificada la accionada, del auto admisorio proferido el 2 de octubre de los corrientes, mediante correo electrónico, la misma se pronunció de la siguiente forma:

Que el señor FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO identificado con cédula de ciudadanía número 1.110´177.607, se encuentra afiliado en esta entidad en calidad de cotizante del registro contributivo y su estado de afiliación es ACTIVO, cuenta con contrato laboral vigente con la empresa GESTION Y COMPROMISO S.A.S.

Que de acuerdo a validación por la licencia de paternidad solicitada por el usuario C.C. 1.110.177.607 FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIAS, con fecha de inicio: 06/15/2020, dicha prestación económica fue generada sin valor mediante Nail P9299605 teniendo en cuenta que el usuario requiere la misma cantidad de meses de la gestación al momento del nacimiento del menor, es decir, para el momento del parto la madre del menor presento 37.3 semanas de gestación de acuerdo a soportes por lo cual el usuario requiere 262 días cotizados y solo tiene cotizados en el sistema 212 días.

Que en este orden de ideas, y de acuerdo a lo establecido en la Ley 1822 de 2017, el actor no cumple los requisitos exigidos para que el pago reclamado se haga exigible:

“ARTÍCULO 1o. El artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo quedará así:
(...)

PARÁGRAFO 2o. El esposo o compañero permanente tendrá derecho a ocho (8) días hábiles de licencia remunerada de paternidad.

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera.

El único soporte válido para el otorgamiento de la licencia remunerada de paternidad es el Registro Civil de Nacimiento, el cual deberá presentarse a la EPS a más tardar dentro de los 30 días siguientes a la fecha del nacimiento del menor.

La licencia remunerada de paternidad estará a cargo de la EPS, para lo cual se requerirá que el padre haya estado cotizando efectivamente durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad.

Se autoriza al Gobierno nacional para que en el caso de los niños prematuros y adoptivos se aplique lo establecido en el presente parágrafo.

PARÁGRAFO 3o. Para efectos de la aplicación del numeral quinto (5) del presente artículo, se deberá anexar al certificado de nacido vivo y la certificación expedida por el médico tratante en la cual se identifique diferencia entre la edad gestacional y el nacimiento a término, con el fin de determinar en cuántas semanas se debe ampliar la licencia de maternidad, o determinar la multiplicidad en el embarazo.

El Ministerio de Salud reglamentará en un término no superior a seis (6) meses contados a partir de la expedición de la presente ley, lo concerniente al contenido de la certificación de que trata este parágrafo y fijará los criterios médicos a ser tenidos en cuenta por el médico tratante a efectos de expedirla”.

Por consiguiente, y sin perder de vista que para que sea reconocida la Licencia de Paternidad solicitada por el señor FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO, se deben cumplir similares requisitos estipulados para dar reconocimientos a la licencia de maternidad, por lo que tanto al padres como a la madre se les exige el mismos período

de cotización, se verifica que de acuerdo a lo contemplado por la Ley 1822 de 2017, el trabajador no cotizó de manera completa e ininterrumpida durante las semanas previas al reconocimiento de la licencia remunerada de paternidad, tal y como lo establece el Decreto único Reglamentario 780 de 2016.

4. Problema jurídico. Corresponde a esta dependencia determinar si la parte accionada EPS SALUD TOTAL ha vulnerado el derecho fundamental al mínimo vital a **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO**, al negarse a cancelar su licencia de paternidad con el argumento de no haber cotizado el tiempo establecido para el reconocimiento y pago de la acreencia económica, y como consecuencia de lo anterior ha obstaculizado el reconocimiento de la prestación económica.

Para resolver dicho planteamiento, se analizará la posición de la Corte Constitucional respecto de la protección de integral de la familia, y que los trabajadores hombres puedan conciliar el trabajo y la vida familiar, mediante el reconocimiento de un breve período alrededor de la fecha del nacimiento de sus hijos, esto es la Licencia de Paternidad, para finalmente analizar el caso concreto.

Al ser ésta la oportunidad legal y al no haber encontrado causal que invalide la actuación, se entra a decidir el presente asunto, previas las siguientes,

II. CONSIDERACIONES:

1. Naturaleza y concepto de la 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[57], 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[58].

Al momento de expedir la Ley 50 de 1990 que reconocía el mencionado derecho, el Legislador consideró que la presencia del padre durante los primeros días de vida del recién nacido es fundamental para que el menor de edad pueda obtener un pleno desarrollo físico y emocional y, además, sirve para que se afiancen las relaciones paterno-filiales[59]. En armonía con lo precedente, se expidió la Ley 755 de 2002 que

consagraba la licencia de paternidad como una prestación autónoma, por oposición al modelo previsto anteriormente que contemplaba su acceso sujeto a la cesión de una semana de la licencia de maternidad[60]. Actualmente, como se expone más adelante, la licencia de paternidad se encuentra regulada por lo dispuesto en el parágrafo 2° del artículo 1° de la Ley 1822 de 2017.

Por otra parte, 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”[61].

En tales términos la licencia de paternidad está concebida como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales de los menores de edad y especialmente el de recibir cuidado y atención[62]. Por ello, la licencia de paternidad consiste en un periodo de tiempo remunerado que se le otorga al padre trabajador para que acompañe y cuide a su hijo, garantizándole de esta manera el ejercicio pleno de su derecho fundamental al cuidado y protección y que, además, cuente con los medios económicos para garantizar su mínimo vital.

36. Igualmente, la jurisprudencia ha dicho que la licencia de paternidad es un desarrollo del derecho a fundar una familia reconocido en el artículo 42 de la Constitución[63]. Cabe precisar que, en tal sentido, el derecho a gozar de la licencia de paternidad permite el ejercicio de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental. Igualmente, contribuye en la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras encargadas de los niños. Así pues, además de constituir un derecho autónomo, la licencia de paternidad es una medida adoptada por el Estado para que los padres trabajadores puedan conciliar el trabajo y la vida familiar no solo desde el cumplimiento de sus deberes parentales, sino mediante una prestación como primer paso para el reparto de las labores de cuidado de los hijos de forma más equitativa.

En suma, la licencia de paternidad desarrolla el principio del interés superior del menor de edad, consagrado en el artículo 44 Superior y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño. Además, se erige como una forma de satisfacer el derecho al cuidado que tienen todos los niños y niñas, pues reconoce que la presencia activa, participativa y permanente del padre es fundamental en el desarrollo del hijo[65]. Por último, configura

un derecho subjetivo del padre, como una expresión del derecho a fundar una familia y un mecanismo que permite el cumplimiento de los deberes que se desprenden de la responsabilidad parental y contribuye a la erradicación de estereotipos de género negativos, como que las mujeres son las únicas cuidadoras de los niños en la familia.” (ST114/2019).

2. Reglas para acceder al pago de la licencia de paternidad. Reiteración de jurisprudencia.

“Ley 1468 de 2011 derogó la Ley 755 de 2002 “Por la cual se modifica el parágrafo del artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo y modificó nuevamente el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo. A diferencia del criterio anterior, dispuso que para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad se requería: (i) presentar el Registro Civil de Nacimiento del menor de edad dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su natalicio; y (ii) que el padre cotizara durante las “semanas previas” al reconocimiento de la respectiva licencia.

En 2015 se expidió el Decreto 2353 de 2015 “Por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud”. Respecto de la licencia de paternidad, dicho decreto determinaba que:

“ARTÍCULO 80. LICENCIA DE PATERNIDAD. Para el reconocimiento y pago de la prestación de la licencia de paternidad conforme a las disposiciones laborales vigentes se requerirá que el afiliado cotizante hubiere efectuado aportes durante los meses que correspondan al período de gestación de la madre y no habrá lugar al reconocimiento proporcional por cotizaciones cuando hubiere cotizado por un período inferior al de la gestación.

(...)”

El contenido de la referida norma fue compilado en el artículo 2.1.13.3 del “Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social 780 de 2016”, de manera tal que el Decreto 2353 de 2015 fue expresamente derogado.

Posteriormente, la Corte Constitucional profirió la Sentencia T-190 de 2016 en la cual estudió el caso de un hombre que alegaba la vulneración de sus derechos fundamentales por parte de una EPS que se negaba a reconocer y pagar la licencia de paternidad a la cual supuestamente no tenía derecho con fundamento en que al accionante le faltó cotizar un mes para completar los nueve (9) meses que duró el período de gestación.

La sentencia indicó que como lo había determinado la jurisprudencia constitucional, la licencia de paternidad gozaba del mismo hecho generador que la licencia de maternidad, “por lo que su liquidación participa de las mismas condiciones señaladas para aquella, esto es, que en caso de que se hubiera dejado de cotizar hasta 10 semanas, se procederá al pago completo de la licencia o que si ha dejado de cotizar 11 o más semanas, solamente se reconocerá el pago de las semanas cotizadas en relación con la duración del período de gestación”.

El fallo concluyó que se vulneraron los derechos fundamentales a la igualdad, a la seguridad social y al mínimo vital del accionante y su hijo, toda vez que la jurisprudencia constitucional ha establecido que se debe pagar la totalidad de la licencia de paternidad aun cuando faltaren 10 semanas o 2 meses de cotización al sistema de seguridad social en salud, pues ello garantiza la protección de los derechos fundamentales del padre, y sobre todo del recién nacido.

Actualmente, se encuentra vigente la Ley 1822 de 2017 que mediante su artículo 1º modificó el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual indica en su párrafo 2º que para el pago de la licencia de paternidad resulta necesaria la presentación el Registro Civil de Nacimiento dentro de los 30 días siguientes a la fecha de nacimiento del niño o niña y que el padre haya cotizado durante las “semanas previas” al reconocimiento de la licencia de paternidad.

Así las cosas, y acogiendo esta Agencia Judicial lo señalado por la Corte, la exigencia de un período mínimo de cotización de tal extensión, limita en forma desproporcionada los derechos de los recién nacidos, cuyos padres no alcanzan a cumplir el requisito, pues no podrán disfrutar del apoyo y el amor de sus progenitores en sus primeros días de vida, con lo cual, además de impedirles el goce de un derecho que ha sido catalogado como fundamental por la comunidad internacional, vulnera el derecho a la igualdad de los niños. Así mismo, se ve desproporcionadamente sacrificado el derecho que tienen los padres a estar con sus hijos recién nacidos.

En resumen, los requisitos consagrados en la Ley para que se reconozca el pago de la licencia de paternidad son que el padre aporte el registro civil de nacimiento dentro de los 30 días siguientes al nacimiento, y que hubiere cotizado durante todo el período o durante 7 meses de gestación, tal y como se exige en la licencia de maternidad.

3. Mínimo Vital. Ha establecido la Corte Constitucional, mediante sentencia T – 053 de 2014, que el mínimo vital constituye la única fuente de ingresos económicos que permiten satisfacer las necesidades básicas personales y familiares del actor, en la medida que posibilita la conservación del giro ordinario del proyecto vital del beneficiario y de su grupo familiar.

“Conviene recordar en este punto que, la jurisprudencia constitucional ha indicado que el derecho al mínimo vital no se agota de manera exclusiva en la posibilidad de gozar de un ambiente en el cual las necesidades de subsistencia biológica se encuentren satisfechas, pues tal derecho ‘debe permitir el ejercicio y realización de los valores y propósitos de vida individual, y su falta compromete el logro de las aspiraciones legítimas del grupo familiar que depende económicamente del trabajador’.

Así pues, en la medida en que el pago de este tipo de incapacidades procura la consecución de fines constitucionales, se concluye que su creación en el Sistema de Seguridad Social procura la satisfacción de múltiples derechos fundamentales, entre los que pueden destacarse el derecho a la salud, el mínimo vital, y la seguridad social del cual hace parte.”

III. CASO CONCRETO:

En el caso bajo estudio se tramita la pretensión, de reconocimiento y pago de la licencia de paternidad del accionante, señor **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO**, con ocasión al nacimiento de su hijo el 15 de junio de 2020; de las afirmaciones realizadas por la parte actora y de la prueba obrante en el plenario se constata los hechos que rodearon la iniciativa de reclamación de la Licencia de Paternidad, esto es de conformidad al registro de nacimiento que se aporta, el infante **ISAMAEL ORTIZ BOLIVAR** nace en la fecha descrita por el señor Ortiz Tapiero, posterior al nacimiento de su hijo y sin dejar transcurrir el término legal establecido para su radicación ante la EPS, esto es, 30 días; **EPS SALUD TOTAL S.A** a través de comunicado vía correo electrónico de fecha 18 de agosto de 2020, informó al peticionario la improcedencia de reconocimiento y pago de dicha prestación social, argumentando no cumplir con el mínimo de semanas cotizadas al sistema.

se tiene certeza que se cumplió con la su obligación legal de realizar la reclamación correspondiente de la licencia de paternidad ante la **EPS SALUD TOTAL S.A**, no habiendo recibido a la fecha ningún tipo de pago, situación que pone de manifiesto la vulneración de sus derechos fundamentales al mínimo o vital y a la seguridad social, toda vez que cotiza sobre menos de dos salarios mínimos; evidenciando incluso el requisito de inmediatez, habida cuenta de que su hija nació el 15 de junio de 2020, y el día 18 de agosto de 2020, dos meses después del nacimiento, tenía respuesta por parte de la EPS. Así mismo tal y como se manifiesta por la accionada se realizaron cotizaciones en el periodo gestacional.

Por lo anterior, y teniendo en cuenta lo enseñado por la Corte Constitucional en desarrollo jurisprudencial en la materia, se concluye que el accionante tiene derecho al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad completa, toda vez que cuenta con cotizaciones al sistema general de seguridad social durante el periodo establecido para ello, esto es, cumplió con los requisitos consagrados en la Ley para que se reconozca el pago de la licencia de paternidad, tales como, que el padre aporte el registro civil de nacimiento dentro de los 30 días siguientes al nacimiento, y que hubiere cotizado durante todo el período o durante 7 meses de gestación, tal y como se exige en la licencia de maternidad.

De lo expuesto no cabe más que conceder el amparo constitucional al señor **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO** y a su hijo recién nacido Ismael Ortiz Bolívar y en consecuencia ordenar a la **EPS SALUD TOTA –S S.A**, cancelar al actor, si aún no lo ha hecho dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, la totalidad de la licencia de paternidad, desembolsando los dineros respectivos a cuentas de la empresa GESTION Y COMPROMISO S.A.S de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017, o al accionante si es del caso y sin ningún tipo de oposición por parte de la EPS.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO ONCE CIVIL MUNICIPAL DE ORALIDAD DE MEDELLÍN**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

IV. FALLA:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales invocados por el señor **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO**, identificado con C.C. 1.110.177.607 y a su hijo recién nacida Ismael Ortiz Bolivar, en contra de la **EPS SALUD TOTAL S S.A**, por lo señalado en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS SALUD TOTAL S S.A**, por intermedio de su representante legal, que en el término de cuarenta y ocho (48 horas) siguientes, contadas a partir de la notificación de esta providencia, proceda a reconocer y pagar **FAUSTINO OSWALDO ORTIZ TAPIERO**, identificado con C.C. 1.110.177.607, la totalidad de la licencia de paternidad, desembolsando los dineros respectivos a cuentas de la empresa GESTION Y COMPROMISO S.A.S de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017, o al accionante si es del caso y sin ningún tipo de oposición por parte de la EPS.

De lo anterior, deberá dar cuenta oportuna al juzgado por escrito, inmediatamente se produzcan las actuaciones ordenadas y en el término para ellas aquí determinado, so pena de las sanciones por desacato contempladas en el Decreto 2591 de 1991.

TERCERO: NOTIFICAR por el medio más expedito y eficaz posible la presente decisión a las partes, según lo dispuesto por los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y artículo 5º del Decreto 306 de 1992.

CUARTO: REMITIR el presente expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, si no fuere impugnada, dentro de los tres (3) días siguientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Vélez P.', with a long horizontal stroke extending to the right.

LAURA MARÍA VÉLEZ PELÁEZ
JUEZ