

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
DISTRITO JUDICIAL DE VALLEDUPAR
JUZGADO PRIMERO PROMISCO MUNICIPAL
AGUSTÍN CODAZZI – CESAR
J01prmpalcodazzi@cendoj.ramajudicial.gov.co
Calle 18 No. 13-07 Barrio Machiques. Tel: 035-5766070

Agustín Codazzi – Cesar, Marzo Cuatro (4) de Dos Mil Veinte (2020).

REF: Acción de Tutela promovida por MARLON NAIN BORCIA RIVERO, en su condición de apoderado judicial del señor ANDERSON BORCIA RIVERO, en contra de FAMISANAR E.P.S. Vinculada: DRUMMOND LTDA. Radicación No.: 200134089001-2022-00056-00.

ASUNTO A TRATAR

Aborda el Despacho la labor de proferir la decisión de fondo que en derecho corresponda dentro de la presente Acción de Tutela promovida por el señor, ANDERSON BORCIA RIVERO, mediante apoderado judicial doctor MARLON NAÍN BORCIA RIVERO, en contra de FAMISANAR E.P.S , habiéndose vinculado a la misma como tercero con interés legítimo, a la empresa DRUMMOND LTDA., en defensa de sus Derechos Fundamentales a la Seguridad Social Integral, al Mínimo Vital, Salud, e Igualdad consagrados en los artículos 11, 13, y 48 de la Constitución Política, para lo cual se tienen en cuenta los siguientes.....

ANTECEDENTES

Mediante solicitud recibida por reparto en este Juzgado, el señor MARLON NAIN BORCIA RIVERO, en representación de los intereses del señor ANDERSON BORCIA RIVERO, deprecia de esta Agencia Judicial la protección de los derechos fundamentales de su mandante, a la Seguridad Social Integral, al Mínimo Vital, Salud, e Igualdad consagrados en los artículos 11, 13, y 48 de la Constitución Política, los cuales presuntamente vienen siendo vulnerados por FAMISANAR E.P.S, pretendiendo para ello: **a).** _ Que se ordene a la entidad accionada o a quien corresponda, de forma inmediata, reconocer y pagar la licencia de paternidad a la que tiene derecho su poderdante.

Los hechos en los que el accionante finca su solicitud, los podemos enunciar de la siguiente manera:

- Que su representado actualmente se encuentra vinculado a la empresa DRUMMOND LTDA, y afiliado al Sistema de Seguridad Social a FAMISANAR EPS.
- Que el día 17 de Enero del año en curso, se radicó al correo electrónico de su empleador DRUMMOND LTDA, los documentos requeridos para el reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, con la finalidad de que adelantara los trámites necesarios ante FAMISANAR EPS.
- Que el 3 de Febrero de esta anualidad, la empresa Drummond Ltda, informa mediante correo electrónico, que se ha radicado la licencia de 14 días, comenzando desde el 13 de Enero del 2022 y finalizando el 26 de Enero del 2022, bajo el Radicado No 5010-2022-E-014901.
- Que hasta la fecha, la EPS FAMISANAR ha guardado silencio, y no ha cancelado el valor de la licencia, causando una afectación de los derechos fundamentales a la SEGURIDAD SOCIAL INTEGRAL, AL MINIMO VITAL Y LA IGUALDAD.

Aporta el accionante como pruebas, las siguientes: **a).**_ Pantallazo donde consta la radicación por correo electrónico el día 17 de Enero del 2022, de la documentación para el reconocimiento de la licencia de Paternidad, ante la empresa Drummond Ltda. **b).**_ Pantallazo donde consta que la empresa DRUMMOND LTDA, informa a través de correo electrónico el día 03 de Febrero del 2022, radico la incapacidad de 14 días, los cuales iniciaban el día 13 de Enero del 2022 y finalizando el 26 enero del 2022, bajo el radicado No 5010-2022-E-014901. **c).**_ Formato de solicitud de tramite para el reconocimiento de incapacidad. **d).**_ certificado de nacido de la menor Mariana Borcia Sarabia. **e).**_ Registro civil de nacimiento de la recién nacida Mariana

Borcía Sarabia. **f).** Epicrisis N° 237082. **g).** copia de la cedula de ciudadanía de ANDERSON BORCIA RIVERO.

Por venir en legal forma la solicitud fue admitida mediante auto adiado 21 de Febrero del cursante año, requiriéndose a la entidad accionada FAMISANAR E.P.S y a la vinculada DRUMMOND LTDA, para que en el término de dos (2) días contados a partir de la fecha de la notificación del auto admisorio, se sirvieran rendir un informe sobre los hechos planteados por el peticionario, observándose que la primera rindió el informe requerido, mientras que la segunda guardó silencio.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIONADA EPS FAMISANAR SAS

Manifiesta la señora LILIA ROSA ARAUJO MAYA, en su aducida calidad de Gerente Zonal de Valledupar de la EPS FAMISANAR SAS, que el accionante se encuentra afiliado activo, cotizante al Régimen Contributivo, que la Licencia de Paternidad se encuentra en estado cuenta de cobro en proceso para pago y que una vez se programe para pago la entidad remitirá a este Despacho un informe de alcance donde se aportaran las pruebas y se soñetara a culminación de cualquier tramite judicial en su contra, por ultimo culmina su defensa solicitando al Despacho que se deniegue la acción de tutela, al no existir prueba de la vulneración del Derecho Fundamental.

Una vez enunciados los antecedentes del caso y habiendo sido relacionado el acervo probatorio acopiado, procederemos a adoptar la decisión de fondo que en estricto derecho corresponda, previas las siguientes...

CONSIDERACIONES.

1._ Competencia.

Para esta casa judicial es claro que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 37 del Decreto – Ley 2591 de 1991 y artículo 1° del Decreto 1382 de 2000, la competencia para conocer de la presente acción tutela recae en este despacho.

2._ Legitimación de las partes.

El señor ANDERSON BORCIA RIVERO, por ser la persona afectada con los presuntos actos omisivos de la entidad accionada se encuentra legitimada para incoar la presente Acción de Tutela; mientras que FAMISANAR EPS y DRUMMOND LTDA. por ser la primera la entidad a la cual el accionante le atribuye los actos omisivos que presuntamente vulneran sus derechos fundamentales, y la segunda por haber sido vinculada a esta actuación, reúnen los presupuestos de legitimidad para comparecer en calidad de accionada, dentro de este trámite tutelar.

3._ Problemas jurídicos y esquema de resolución.

De acuerdo con la situación fáctica planteada corresponde a este despacho determinar los siguientes aspectos: **i).** La procedencia de la acción; y **ii).** De ser procedente la acción, establecer si las accionadas, vulneran los derechos fundamentales de la Vida, Igualdad, y Mínimo Vital, del accionante señor ANDERSON BORCIA RIVERO, a no reconocer y cancelar la Licencia de Paternidad por este reclamada y de ser así, adoptar las medidas necesarias para su protección

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta casa judicial procederá de la siguiente manera **(1).** Se determinará inicialmente la procedencia de la acción incoada. **(2).** Se referirá a los derechos cuya protección se impetra. **(3).** Se referirá a la Jurisprudencia acerca del reconocimiento y pago de la Licencia de Paternidad. **(4).** Se abordará el caso concreto.

3.1._ Procedencia

Respecto a la procedencia de la acción de tutela es dable aclarar que esta al ser elevada a precepto constitucional por el Constituyente de 1991, ha sido concebida como un medio de defensa, ágil, eficaz, preferente, residual y sumario de los derechos fundamentales, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública y en algunos casos por los particulares cuando estos se encuentren en alguna de las siguientes condiciones: a)._ Cuando cumplan funciones públicas o que estén encargadas de la prestación

de un servicio público. b)._ Cuando sus acciones u omisiones afecten grave y directamente el interés colectivo; y c)._ Cuando el solicitante se halle en estado de subopresión o indefensión respecto al particular.

En razón de lo anterior Nuestra Carta Política en su artículo 86 dispone:

"Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública".

Se le quiso dar a esta herramienta constitucional un efecto inmediato y subsidiario al limitar su procedencia a la inexistencia de otro medio de defensa judicial de igual eficacia para la protección del derecho, o que habiéndolo, esta se utilice como mecanismo de carácter transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

Quiere lo anterior significar que la acción de tutela es un mecanismo judicial de protección de los derechos fundamentales que procede *i)* cuando el afectado no dispone de otro instrumento para su restablecimiento, *ii)* en caso de que el previsto no resulte eficaz, en consideración a la situación particular que afronta el actor y *iii)* siempre que la intervención transitoria del juez de amparo resulte necesaria, para evitar o al menos mitigar un perjuicio irremediable.

En el caso que nos interesa no advierte este aplicador de justicia que el tuteante disponga de otro medio judicial de igual eficacia para exigir la protección de los derechos fundamentales que considera vulnerados, de allí que se pueda pregonar de la acción incoada, su procedencia.

3.2. _ Derechos Fundamentales cuya protección se invoca

3.2.1_ MINIMO VITAL-Concepto (Corte Constitucional)

"(i) Se trata de acceso básico de condiciones dignas de existencia para el desarrollo del individuo, (ii) que depende de su situación particular y (iii) es un concepto indeterminado cuya concreción depende de las circunstancias particulares de cada caso, por lo que requiere un análisis caso por caso y cualitativo."

DERECHO FUNDAMENTAL AL MINIMO VITAL-

El mínimo vital es concebido en la jurisprudencia constitucional como "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".

3.2.2._ Derecho a la Igualdad

Está formulado al comienzo del enunciado al disponer que *"Todas las personas nacen libres e iguales ante la ley"*. La expresión "todas las personas" refiere un destinatario universal, que incluye nacionales, extranjeros, personas naturales y personas jurídicas. Se trata aquí de la igualdad formal, de la igualdad de todos ante la ley, que involucra la supresión de privilegios. Fue esta la primera formulación moderna del derecho a la igualdad, que es puramente formal y que omite las referencias al momento material, las desigualdades de la vida real, de la vida cotidiana de las personas.

3.3._ ACCION DE TUTELA PARA OBTENER RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD - Procedencia excepcional cuando afecta derechos fundamentales.

"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"

FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL, NATURALEZA Y CARACTERISTICAS DE LA LICENCIA DE PATERNIDAD-Reiteración de jurisprudencia

LICENCIA DE PATERNIDAD Y SU RELACION CON EL PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL MENOR DE EDAD

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. 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.

LICENCIA DE PATERNIDAD-Requisitos

La Superintendencia de Salud retomo el criterio de exigir la cotización mínima de dos (2) semanas al sistema de salud con el fin de determinar el reconocimiento y pago de dicha licencia. No obstante, otras posturas, como la de la EPS accionada, exigen la cotización ininterrumpida durante todo el periodo de gestación

PAGO DE LICENCIA DE PATERNIDAD A TRABAJADORES DEPENDIENTES-

Responsabilidad en cabeza de empleador y EPS

Los obligados a realizar el pago de la licencia de paternidad son, en primer lugar, el empleador actual en virtud de su vínculo contractual y del artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 y, en segundo término, la EPS actual que perciba los aportes del usuario del sistema contributivo del SGSSS, de conformidad con el parágrafo 2 del artículo 1 de la ley 1822 de 2018. (...) Sentencia T-114 de 2019.

3.4._ El caso concreto.

En el evento que nos ocupa, se puede extraer del acervo probatorio arrojado, que la situación planteada por el accionante consiste en que se ordene a la entidad accionada FAMISANAR E.P.S, proceda a reconocer y pagarle las prestaciones económicas derivadas de la Licencia de Paternidad a la cual considera tener derecho, causada durante el término comprendido del 13 de Enero del 2022 y finalizando el día 26 de Enero del 2022, a la que se contrae esta acción constitucional.

Se tiene conocimiento igualmente, acorde con lo precisado en el certificado del ADREES, visible a folio 15, que en efecto, el accionante cotizó al Sistema de Seguridad Social en Salud, en FAMISANAR SAS EPS, desde el Primero (1) de Junio del 2019, hasta la fecha como quiera que su estado de afiliación actual es activo, y habiéndose producido el parto el día Trece (13) de enero del 2022, de donde emerge entonces que el demandante cotizó a FAMISANAR SAS EPS, todo el periodo de gestación de su hija Mariana Borcia Sarabia.

De otra parte es menester del Despacho mencionar que si bien es cierto que la empresa DRUMMOND LTDA, en calidad de empleador del señor ANDERSON BORCIA RIVERO, realizó lo pertinente, con respecto a la EPS, no es menos cierto que hasta la fecha no han efectuado el pago de la Licencia de Paternidad al usuario, de lo que se puede decir en exaltación alguna que le están vulnerando los derechos fundamentales deprecados en el artículo constitucional.

En este orden de ideas y cifiéndonos a los lineamientos dispuestos por la Corte Constitucional, es factible deducir que le asiste el derecho al demandante de acceder al reconocimiento y pago de la Licencia de Paternidad.

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia traída como referencia respecto al Mínimo Vital, se tiene que, es menester amparar el derecho en mención por lo que, saltando tal circunstancia a la vista, no le queda más a este Despacho, toda vez que la vulneración continúa respecto de los derechos cuya protección es deprecada por el señor ANDERSON BORCIA RIVERO, lo que indica que la acción constitucional esta llamada a prosperar.

De acuerdo con lo expuesto, el accionante cumplió con los requisitos legales establecidos para que procediera el pago de la Licencia de Paternidad petitionada, pues realizó sus cotizaciones en salud, previas al reconocimiento de la Licencia de Paternidad, anexó a solicitud de trámite para dicho reconocimiento, el Registro Civil de Nacimiento de la menor MARIANA BORCIA SARABIA, y la Epicrisis. Por lo tanto, la EPS debió ordenar el pago de los días de trabajo cubiertos por la licencia en la certificación entregada al accionante para que el empleador realizará su respectivo pago, en consecuencia su denegación implica la vulneración de los derechos fundamentales del accionante y de su familia, por lo que, para el Despacho, corresponde al empleador reconocer y pagar la Licencia de Paternidad, no desconociendo que deba realizar el recobro ante la EPS del accionante, debido a que de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012, es el primer responsable en el pago de la respectiva prestación económica, pues el trámite de reclamación del derecho no esta a cargo del trabajador.

Emana entonces, de todo lo anterior, que en efecto, lo pretendido por el interesado, es decir, la cancelación de la Licencia de Paternidad, no ha sido realizada, pues no existe dentro del plenario prueba siquiera sumaria de que dicha transferencia haya sido recibida, circunstancia por la que será concedido el amparo deprecado en consecuencia se ordenara al Representante Legal de la entidad vinculada DRUMMOND LTDA., en su calidad de empleadora, o a quien haga sus veces que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo hubiera hecho, proceda a realizar el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la Licencia de Paternidad del señor ANDERSON BORCIA RIVERO. Así mismo, ordenar a FAMISANAR EPS, que en un término prudencial de Quince (15) días, contados a partir del momento en que la empresa empleadora DRUMMOND realice el pago al accionante, proceda a desembolsaren su favor los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017. Igualmente, se le prevendrá para que en lo sucesivo se abstenga de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la presente acción de tutela.

En mérito de lo anteriormente expuesto, el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE AGUSTÍN CODAZZI - CESAR, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley...

RESUELVE

Primero. Conceder el Amparo Tutelar solicitado por el señor **ANDERSON BORCIA RIVERO**, a través de apoderado judicial, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído. En consecuencia se ordena al Representante Legal de la empresa empleadora **DRUMMOND LTDA**, que, en un término no superior a cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo, si aún no lo hubiera hecho, proceda a realizar el reconocimiento y pago de la prestación económica derivada de la Licencia de Paternidad del señor ANDERSON BORCIA RIVERO

Segundo. ORDENAR a FAMISANAR EPS, que en un término prudencial de Quince (15) días, contados a partir del momento en que la empresa empleadora DRUMMOND realice el pago al accionante, proceda a desembolsaren su favor los dineros respectivos a cuentas del referido empleador de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1822 de 2017

Tercero. Prevenir al Representante Legal de las entidades accionadas, para que en lo sucesivo se abstengan de incurrir en las conductas omisivas que dieron lugar a la presente acción de amparo.

REF: Acción de tutela promovida por el señor ANDERSON BORCIA RIVERO en contra de FAMISANAR EPS y DRUMMOND LTDA. RAD. 200134089001-2022-00056-00.

Cuarto._ Notifíquese este fallo a las partes intervinientes, por el medio más expedito (art. 16 del decreto 2591 de 1991).

Quinto._ Contra esta decisión procede el recurso de impugnación. Si no fuere impugnado este fallo dentro de los tres (3) días siguientes al de su notificación, envíese a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión. Por el medio más eficaz notifíquese a los interesados.-

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

~~ALGEMIRO DÍAZ MAYA~~

Juez