

República De Colombia



Rama Judicial

JUZGADO VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL

Bogotá D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Clase de Proceso: Acción de Tutela

Radicación: 110014003024 2023-00006 00

Accionante: Jairo Marcelo Torres Cruz.

Accionado: Famisanar EPS.

Vinculados: Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud y Seguridad Social, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, y la Superintendencia Nacional de Salud.

Derecho Involucrado: Mínimo vital.

En la ciudad de Bogotá D.C., en la fecha antes indicada, la **JUEZ VEINTICUATRO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ**, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, especialmente las establecidas en el artículo 86 de la Constitución Política y en los Decretos reglamentarios 2591 de 199, 1069 de 2015, modificado por el Decreto 1983 de 2017 y el **Decreto 333 de 2021**, procede a decidir de fondo la solicitud de amparo constitucional.

ANTECEDENTES

1. Competencia.

Corresponde a este Despacho el conocimiento de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 37 y 2.2.3.1.2.1 numeral 1 de los Decretos 2591 de 1991, 1069 de 2015, respectivamente, modificado por el Decreto 333 de 2021 *“Las acciones de tutela que se interpongan contra cualquier autoridad, organismo o entidad pública del orden departamental, distrital o municipal y contra particulares eran repartidas para su conocimiento en primera instancia, a los Jueces Municipales”*.

2. Presupuestos Fácticos.

Jairo Marcelo Torres Cruz interpone acción de tutela en contra de la EPS Famisanar, para que se le proteja su derecho fundamental al mínimo vital, el cual considera vulnerado por la accionada, dados los siguientes motivos de orden fáctico que se pasan a sintetizar:

2.1. Explicó que durante el último año ha estado afiliado a Famisanar EPS.

2.2. El 21 de junio de 2021 nació su hija Zara Guadalupe Torres Araque, hecho por el que solicitó a la EPS el pago de la Ley María, conocida técnicamente como la Ley 755 de 2002, en la que se estipula que los padres tendrán derecho a gozar de ocho (8) días hábiles de licencia remunerada.

2.3. Comentó que a través de petición y de manera personal le han negado dicho beneficio, bajo el argumento de debe enviar el número de radicado, insistiendo que no se ha recibido la documentación por parte de Famisanar.

2.4. Aduce que es padre desempleado, con tres menores responsable y no entiende la decisión de la querellada.

PETICIÓN DEL ACCIONANTE

Solicitó se le tutele el derecho fundamental al mínimo vital, ordenando a la EPS Famisanar otorgar de manera urgente la licencia de paternidad a la que tiene derecho.

PRUEBAS

Ténganse las documentales militantes en el plenario.

3. Trámite Procesal.

3.1. Mediante auto calendado 12 de enero hogaño, se admitió para su trámite la presente acción de tutela, requiriendo a la entidad accionada y vinculadas para que se manifestaran en torno a los hechos expuestos en la salvaguarda.

3.2. Aunado a ello, se requirió al promotor para que aportara el escrito de petición radicado ante la querellada, junto con las constancias de recibido por no haber sido adjuntado al plenario, a lo que dio cumplimiento el accionante el 13 de esta calenda (fl.09 digital).

3.3. El **Ministerio de Salud y Protección Social**, indicó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones formulada, por no haber violado ni amenaza violar derecho fundamental alguno, pues, no tiene dentro de sus funciones y competencias el reconocimiento y pago de prestaciones económicas por concepto de licencia de paternidad.

Respecto al reconocimiento y pago de la licencia de paternidad, explicó que el padre cotizante tendrá derecho a solicitar el reembolso o pago de la licencia de paternidad cuando haya aportado de manera oportuna por lo menos durante el período de gestación y cumpla con los demás requisitos establecidos por la ley y normas concordantes.

3.4. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud-ADRES-** sostuvo que no está dentro de la esfera de competencias de la entidad, el reconocimiento del pago de licencias de maternidad, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría

por una omisión no atribuible a ese ente, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.5. La **Superintendencia Nacional de Salud** solicitó la desvinculación de toda responsabilidad dentro de la presente acción de tutela teniendo en cuenta que la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión atribuible a la entidad, dado que los fundamentos fácticos, se encuentra a cargo de la Entidad Administradora del Plan de Beneficios en Salud (EAPB), resultando evidente la falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.6. El **Ministerio del Trabajo** adujo que, una vez analizados los hechos y pretensiones manifestados por el accionante en su escrito tutelar, concluye que no hay lugar a determinar que esa cartera haya violado los derechos mencionados, por cuanto no es responsable del supuesto perjuicio causado, lo que traduce en una falta de legitimación por pasiva al no ser el responsable de realizar la conducta cuya omisión genera la violación, o cuando no es su conducta la que inflige el daño.

3.7. La **EPS FAMISANAR SAS** aclaró en primera medida que ha autorizado y garantizado todos los servicios que ha requerido el afiliado en apego estricto a las normas que regulan el SGSSS.

Frente a la licencia de paternidad, explicó que el área encargada manifestó que *“(...) No se encuentra radicación formal de registro civil de nacimiento para reconocimiento de la licencia de paternidad y a la fecha no es posible ingresar puesto que supera los 30 días hábiles luego del nacimiento del menor”*, razón por la que esta acción tuitiva no está llamada a prosperar contra la institución toda vez que no existe vulneración o amenaza al derecho fundamental reclamado, ya que la conducta adoptada por la entidad ha estado ajustada a la normatividad legal vigente.

Resaltó que el Decreto 1427 de 2022 frente a la licencia de paternidad señala que:

“(...) Artículo 2.2.3.2.7 Licencia de paternidad.

La licencia de paternidad deberá ser disfrutada durante los treinta (30) días siguientes a la fecha de nacimiento del menor o de la entrega oficial del menor que se ha adoptado (...)”

CONSIDERACIONES

1. Problema Jurídico.

Como surge del recuento de los antecedentes, el problema jurídico que ocupa la atención de este juzgado se circunscribe en establecer si es procedente ordenar el pago de la licencia de paternidad, teniendo en cuenta que la solicitud del pago se efectuó en forma extemporanea.

2. Procedencia 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 Constitución Política en el artículo 86, el Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional establecen los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela. Estos son: la legitimación por activa y pasiva, la fundamentalidad del derecho del que se alega vulneración, el principio de inmediatez y la subsidiariedad del recurso. Además, se incluirá un análisis de la carencia actual de objeto que se presenta en el caso del expediente T-5311597.

De acuerdo a lo dispuesto por la Constitución Política (Art. 86) y por el Decreto 2591 de 1991 (Art. 10), la acción de tutela puede ser interpuesta directamente por la persona afectada o a través de un tercero, bien sea en calidad de representante, mandante o agente oficioso.

(…) Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha sido clara al considerar que la acción de tutela es procedente para solicitar el suministro de medicamentos, insumos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS. Lo anterior con la finalidad de garantizar de manera efectiva la protección de los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal y a la salud; y, en congruencia con el principio de integralidad de la salud. En este sentido, la Corte Constitucional se ha pronunciado en varias ocasiones ordenando la garantía de medicamentos, insumos, exámenes o procedimientos no incluidos dentro del POS¹.

3. Naturaleza y finalidad de la licencia de paternidad

“(…) La licencia de paternidad es un descanso remunerado reconocido por el legislador como una garantía del pleno ejercicio de los derechos fundamentales del niño y especialmente el de recibir cuidado y amor. No ha sido concebido como un beneficio caprichoso, sino como un derecho que tiene la finalidad de garantizar el pleno goce de los derechos fundamentales del menor a través de la asistencia, cuidado y amor que debe recibir por parte de su padre. Dicha licencia permite al padre, y en el interés superior de su hijo, comprometerse con su paternidad en un clima propicio para que el niño alcance su pleno desarrollo físico y emocional.²

De otra parte, conforme a lo establecido en el artículo 86 de la Constitución y en las normas legales que reglamentan la acción de tutela, la jurisprudencia constitucional ha determinado adicionalmente que *“el pago de la licencia de maternidad sólo es procedente mediante la acción de tutela, cuando se haya cumplido con los requisitos legales para su exigibilidad y se esté vulnerando o amenazando el mínimo vital de la accionante y del recién nacido con el no pago de esta acreencia.”³*

¹ C.C. T 171/216 reiteración de jurisprudencia T110 de 2012

² Sentencia C-383/12, Magistrado Ponente Luis Ernesto Vargas Silva

³ Sentencia T-788 de 2004 MP Manuel José Cepeda Espinosa.

4. Caso concreto.

El accionante invocando el derecho fundamental inicialmente referido, pretende que la entidad convocada le otorgue el pago de la licencia de paternidad, ya que su menor hija nació el 21 de junio de 2022.

Por su parte, la querellada sostuvo que en sus bases de datos no hay constancia de la radicación de los documentos y la petición que alude el censor, generándose con ello una negación a la pretensión de pago de la licencia de paternidad y la conducta adoptada por la entidad ha estado ajustada a la normatividad legal vigente, por lo que debe ser denegado el amparo constitucional.

Para el caso en cuestión, tenemos que la Ley 2114 de 2021, que modifica el artículo 236 del Código Sustantivo del Trabajo, quedó para tales efectos en la siguiente forma:

“(...) Artículo 236. Descanso remunerado en la época del parto.

1. Toda trabajadora en estado de embarazo tiene derecho a una licencia de dieciocho (18) semanas en la época de parto, remunerada con el salario que devengue al momento de iniciar su licencia.(...)

*Parágrafo 2º. **El padre tendrá derecho a dos (2) semanas de licencia remunerada de paternidad.***

La licencia remunerada de paternidad opera por los hijos nacidos del cónyuge o de la compañera permanente, así como para el padre adoptante.

(...)

*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.***

El Decreto 780 de 2016 Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social, con relación a la licencia de paternidad, dispone:

“(...) Artículo 2.1.13.3. 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 empleador o trabajador independiente, deberá efectuar el cobro de esta prestación económica ante la EPS o EOC. (Art. 80 de/Decreto 2353 de 2015) (...)

En tal medida, puede decirse que el parágrafo 2° del artículo 2° de la Ley 2114 de 2021, establece que la única condición para el otorgamiento de la licencia de paternidad es la acreditación de la condición de padre a través del registro civil de nacimiento del menor, de conformidad con el inciso 5° del parágrafo 1° del art.1° de la Ley 1468 de 2011, el cual debe ser radicado ante la entidad prestadora de salud dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento del menor.

Ahora, revisados los documentos adjuntos por las partes, se puede evidenciar que la menor Zara Guadalupe nació el **21 de junio de 2022**, según el registro civil de nacimiento con NUIP 1077255711, indicativo serial N° 62193912, el cual fue inscrito el **29 de junio de 2022**, lo que permite establecer que para que el accionante pudiera acceder al derecho del pago de la licencia de paternidad, dicho documento debió haber sido presentado ante la EPS censurada a más tardar el **21 de julio de 2022**, tal y como lo establece la Ley aplicable al caso.

No obstante, en el plenario no obra soporte alguno que acredite tal actuación por parte de Jairo Marcelo Torres Cruz, dentro de dicho lapso, pues, al examinar los adjuntado por él en cumplimiento a lo ordenado en el auto admisorio de esta acción, se puede apreciar que la solicitud la realizó hasta el **5 de diciembre del año inmediatamente anterior**, tal y como se aprecia en los siguientes pantallazos, hecho que permite establecer que la petición fue realizada en forma extemporánea.

Consulta Estado PQRS

Nro. Radicado	PQRS-2022-E-432405	Fecha Radicación	2022-12-05
Identificación Afectado	79841289		
Nombre Afectado	JAIRO MARCELO TORRES CRUZ		
Identificación Reclamante	79841289		
Nombre Reclamante	JAIRO MARCELO TORRES CRUZ		
Resumen PQRS	#RAD2022100014464342 Usuario activo según ADRES con la entidad #EPS FAMISANAR S.A.S. CONTRIBUTIVO, cordial saludo mi nombre es Jairo Marcelo Torres Cruz, identificado con cédula de ciudadanía MO 79841289, afiliado a la eps Famisanar y padre de la menor Zara Guadalupe Torres Araque identificada con Nuiip 1077245711, nacida el 21 de junio del año en curso, he verificado solicitando mi aporte de la licencia de paternidad a la cual tengo derecho por parte de la Eps y no se me ha dado respuesta, por ende envío mi cédula y el registro de la menor como evidencias de lo que estoy solicitando.		

Trazabilidad Estados Radicado: PQRS-2022-E-432405

Estado	Fecha	Radicionado	Detalle
E2	2022-12-		
Radicado	05		
sin tramite	15:53:06		

En este entendido, queda claro que las pretensiones del accionante no pueden ser resueltas de manera favorable, por cuanto no realizó el trámite administrativo conforme a la normatividad vigente, puesto que para la época de la radicación de la solicitud del pago de la licencia de paternidad habían transcurrido **5 meses y 14 días**, hecho que genera la negación por parte de la EPS a través del comunicado PQRS-2022-E-432405 de 12 de diciembre de 2022, sin que su actuar pueda ser considerado como una violación al derecho fundamental reclamado.

Finalmente sobra decir que el juez constitucional no puede sobrepasar las normas promulgadas bajo la competencia de la legislación colombiana, ya que su finalidad es proteger y no permitir la vulneración de los derechos fundamentales de cada caso en particular, sin que dentro de esta garantía constitucional este demostrado que el actuar de la EPS accionada corresponde a una omisión a sus deberes como entidad promotora de salud, al negarse al pago de la licencia de paternidad cuando la solicitud se realizó en forma tardía por parte del accionante.

Expuesto lo anterior, debido a que en el plenario no existe prueba alguna que acredite el cumplimiento de los requisitos legales para ello, en tanto no se demostró que el censor radicó la solicitud del pago de la licencia de paternidad dentro de los treinta (30) días siguientes al nacimiento de su menor hija, no es posible ordenar a la querellada otorgue el pago reclamado, y en tal medida, este estrado judicial procede a negar el amparo reclamado por Jairo Marcelo Torres Cruz.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto el **Juzgado Veinticuatro Civil Municipal de Bogotá D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- Negar la protección del derecho fundamental solicitado por Jairo Marcelo Torres Cruz, identificado con C.C. 79.841.289 contra la EPS Famisanar, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO. - DESVINCULAR del presente trámite constitucional al Ministerio del Trabajo, Ministerio de Salud y Seguridad Social, Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, y la Superintendencia Nacional de Salud.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE la presente decisión a los extremos de la acción en forma personal o por el medio más idóneo o expedito posible, relievándoles el derecho que les asiste de impugnarlo dentro de los tres días siguientes a su notificación, si no estuvieren de acuerdo con lo aquí decidido. Secretaria proceda de conformidad.

CUARTO.- Si la presente decisión no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente en forma electrónica y en los términos del Acuerdo PCSJA20-11594 de 13 de julio de 2020, a la Honorable

Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

CÓPIESE, NOTIFIQUESE y CÚMPLASE,

DIANA MARCELA BORDA GUTIÉRREZ.

Juez

Firmado Por:

Diana Marcela Borda Gutierrez

Juez

Juzgado Municipal

Civil 024

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: **ed74d7c60a8cd8ffc6dfc85e6dbce12a24a80458fc8ab61d3ec475939e1013b3**

Documento generado en 19/01/2023 01:55:31 PM

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

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