RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PEREIRA - RISARALDA

SALA DE DECISION PENAL

M.P. JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ

Pereira, nueve (09) de abril de dos mil trece (2013)
Proyecto aprobado por Acta No. 169
Hora: 5:00 p.m.

1. ASUNTO A DECIDIR

Corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por el doctor Herney de Jesús Ortiz Moncada, en contra del fallo de tutela emitido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira.

2. ANTECEDENTES

2.1 El doctor Herney de Jesús Moncada, interpuso acción de tutela en contra de la E.P.S. Coomeva y el FOSYGA, por considerar vulnerado su derecho fundamental de petición. El supuesto fáctico de la demanda es el siguiente:

- El día 25 de septiembre de 2012 presentó derecho de petición, con el fin de lograr la devolución de un aporte en salud, el cual realizó ingresando de manera incorrecta el número de cédula de su padre.

- El día 10 de octubre de 2012 recibió el oficio CYC–1123433 expedido por la E.P.S. Coomeva, por medio del cual le informaron que su solicitud era procedente, y que frente a la misma se realizaría el trámite pertinente ante el FOSYGA, con el fin de lograr la devolución de los recursos, el cual tendría una duración de 45 días aproximadamente.

- En el mes de enero nuevamente consultó para determinar si ya existía respuesta a su petición, obteniendo respuesta negativa en tal sentido.

- A la fecha de interposición de la presente acción de tutela, no ha obtenido información adicional, por lo que considera violentado su derecho fundamental de petición, ya que no se ha dado respuesta de fondo a su solicitud.

2.2. En el acápite de pretensiones, solicita: i) que se ordene a las accionadas que dentro del termino de 48 horas siguientes a la sentencia, se proceda a la devolución del dinero señalado en el oficio del 10 de octubre de 2012, y así resolver de fondo la petición elevada el 25 de septiembre.

2.3 Al escrito de tutela anexó copia de los siguientes documentos: i) oficio CYC–1123433 del 10 de octubre de 2012, expedido por la E.P.S. Coomeva, por medio del cual se da respuesta a la solicitud del demandante; ii) derecho de petición dirigido a la E.P.S. tutelada del 24 de septiembre de 2012.

2.4 Mediante auto del 8 de febrero 2013[1] el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, admitió la acción de tutela y corrió traslado de la demanda a las entidades accionadas.

3. RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

3.1 E.P.S. COOMEVA

La apoderada judicial de la E.P.S. Coomeva dio respuesta a la acción de tutela de la siguiente forma:

- Se procedió a revisar el caso del tutelante en el área de cartera y cobranza de esa E.P.S., y se pudo establecer que mediante oficio CYC – 1123433 del 10 de octubre de 2012, se informó al señor Herney de Jesús Ortiz Moncada que acorde con lo dispuesto en el decreto 2280 de 2004, los aportes objeto de devolución habían sido girados al FOSYGA, razón por la cual esa entidad, solicitaría el reintegro de los mismos ante dicho fondo. La devolución de tales recursos se efectuaría a través de cheque. Dicho Trámite tiene una duración de 45 días aproximadamente.
- Esa entidad mediante solicitud número 179189 del 10 de octubre de 2012, radicada ante el Fosyga, pidió la devolución de los aportes a favor del accionante.
- A la fecha de la contestación el FOSYGA no ha girado la suma de dinero pretendida, por lo tanto la solicitud se encuentra pendiente de pago hasta cuando no se logre el reintegro.
- En el caso concreto no se encuentran vulnerados o amenazados derecho fundamental alguno, ya que Coomeva no puede realizar directamente la devolución del aporte.

[1] Folio 4.

- Solicita se deniegue la acción incoada por carencia actual de objeto, teniendo en cuenta que no ha existido violación a las garantías constitucionales invocadas, ya que esa E.P.S. dio respuesta al accionante indicándole sobre la solicitud elevada al Fosyga referente a los dineros objeto de devolución que se encuentran en poder del Fosyga.

3.2 CONSORCIO SAYP ADMINISTRADOR FIDUCIARIO

El gerente del Consorcio SAYP Administrador Fiduciario de los recursos del FOSYGA dio respuesta al requerimiento en los siguientes términos:

- Esa entidad no está legitimada para dar respuesta al derecho de petición elevado por el accionante, ni para efectuar la devolución de aportes a salud a personas naturales, lo cual configura una indebida "legitimatio ad proccessum" (sic), por incapacidad jurídica y procesal para atender el requerimiento del accionante.

- El decreto 2280 de 2004 regula el proceso de compensación y el funcionamiento de la subcuenta del Fosyga. En sus artículos 7, 8, 10 y 14, hace referencia al procedimiento a seguir sobre los dineros que se encuentran en las cuentas de recaudo de las EPS y EOC que no hayan sido objeto de compensación.

- Solicita i) que se declare la improcedencia de la acción de tutela incoada ya que la misma tiene como fin el pago de unas sumas de dinero para lo cual existen otras vías legales; ii) que se tenga en cuenta que el competente para la solicitud de aportes es la E.P.S. Coomeva, ya que esa entidad fue la que transfirió los recursos al administrador fiduciario del Fosyga.

4. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia del 20 de febrero de dos mil doce 2013[2], el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, resolvió declarar improcedente la presente acción de tutela presentada por el señor Herney de Jesús Ortiz Moncada en contra de la E.P.S. Coomeva y el FOSYGA, teniendo en cuenta que la E.P.S. demandada había emitido una respuesta al requerimiento del actor mediante oficio del 10 de octubre de 2012, y por cuanto la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para obtener el reembolso de sumas de dinero, y además no se presentaba ningún perjuicio irremediable para el accionante.

[2] Folios 20 al 27.

5. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

El señor Herney de Jesús Ortiz Moncada, presentó escrito de impugnación al fallo de tutela (folios 32 al 35) en los siguientes términos:

- Efectivamente la acción de tutela resulta improcedente para obtener el pago de dineros o la devolución de los mismos, pero también es cierto, que si resulta ser procedente para tutelar el derecho de petición, el cual considera vulnerado por parte de las demandadas.

- El derecho de petición se debe salvaguardar con el fin de que la respuesta que la entidad emita, sea formal y de fondo.

- De conformidad con lo previsto en el artículo 32 de la Ley 1437 de 2011, a las peticiones elevadas ante las autoridades de naturaleza privada, les son aplicables las normas procedimentales establecidas para las entidades de carácter público.

- El artículo 5 de la referida ley, indica que las personas tienen derecho a obtener respuesta oportuna y eficaz a las peticiones en los plazos establecidos para tal efecto.

- Las repuestas que se emitan en ejercicio del derecho de petición, no permite conformarse a una forma o a señalar que el asunto será sometido al respectivo trámite, sino que se debe solucionar de fondo el asunto.

- El oficio emitido por parte de la E.P.S. Coomeva permite inferir que el procedimiento del derecho de petición no ha culminado, ya que existen unos trámites previos a la solución de su problemática, ello en consideración a que se debe radicar una solicitud ante el Fosyga, luego de lo cual procede el reembolso.

- No cuenta con un mecanismo procesal diferente al derecho de petición para gestionar la devolución del aporte efectuado ante la E.P.S.

- Solicita i) que se revoque el fallo de primer grado; y ii) que se ordene a las entidades demandas a realizar los trámites respectivos para culminar con la decisión de fondo del derecho de petición elevado.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1 Esta Sala es competente para conocer de esta acción de tutela conforme a lo dispuesto en el artículo 1º, numeral 2º del Decreto 1382 de 2000.

6.2 En el caso en estudio el señor Herney de Jesús Ortiz Moncada considera que se ha vulnerado el derecho de petición, ya que no ha obtenido respuesta de fondo a la solicitud elevada ante la E.P.S. Coomeva el día 24 de septiembre de 2012.

6.4 **Sobre el derecho de petición**

6.4.1 El derecho fundamental consagrado en el artículo 23 de la norma superior, comprende la posibilidad de presentar peticiones respetuosas ante las autoridades, facultad que está garantizada con la obligación que a éstas les asiste de dar trámite a la solicitud, sin que exista argumento alguno para negar su admisión o iniciar los trámites necesarios para dar la respuesta, la cual debe ser oportuna y emitida dentro de los términos legales establecidos en el ordenamiento jurídico. La petición debe ser resuelta de fondo, refiriéndose de manera concreta a los asuntos planteados y comunicando prontamente lo decidido, independientemente de que la respuesta sea favorable o adversa a los intereses del peticionario.

6.4.2 Al respecto la Corte Constitucional ha expresado lo siguiente:

> *"(…) Una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario[3]; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea[4] (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta[5](…)"[6]*

6.4.3 De conformidad con los lineamientos constitucionales y la jurisprudencia precedentemente relacionada, el derecho de petición debe ser protegido y garantizado tanto por las entidades públicas como por las privadas, mediante respuestas a las respectivas solicitudes elevadas, las cuales deben ser efectivas, congruentes y oportunas.

---

[3] Sentencias T-1160A/01, T-581/03
[4] Sentencia T-220/94
[5] Sentencia T-669/03
[6] Cf. Sentencia T – 259 de 2004

Por ello la conducta del Juez Constitucional debe propender de manera ineludible a la preservación del pleno ejercicio de los derechos fundamentales y por ende está obligado a hacer uso de los mecanismos y facultades que le otorgan la Constitución y la ley, para que una vez verificada la afectación o vulneración, profiera la orden que garantice su restablecimiento efectivo.

6.5 Solución al caso concreto

6.5.1 Está demostrado que el señor Herney de Jesús Ortiz Moncada elevó ante la E.P.S. Coomeva una petición el 23 de septiembre del año 2012. Sin embargo, a la fecha no ha obtenido respuesta de fondo su requerimiento.

6.5.2 En el caso *sub lite* nos encontramos ante una de las maneras que puede adquirir la comunicación entre el accionante y las autoridades privadas, que tiene unas características peculiares que la diferencian de otras modalidades como el derecho de petición en interés general, previsto en los artículos 5, y del 13 al 31 del Código de Procedimiento Administrativo y de Procedimiento Administrativo.

6.5.3 Sobre la obligación de comunicar las respuestas en materia de derecho de petición, se ha dicho lo siguiente en la jurisprudencia de la Corte Constitucional:

> *"Tratándose del derecho fundamental de petición, consagrado en el artículo 23 de la Carta Política, conlleva que la autoridad requerida, o el particular en los eventos que contempla la ley, emita una pronta respuesta a lo pedido, esto es, respetando el término concedido para tal efecto. Sin embargo, esa garantía no sólo implica que la solución al petitum se emita dentro del plazo oportuno, sino que dicha respuesta debe: i) ser de fondo, esto es, que resuelva la cuestión sometida a estudio, bien sea favorable o desfavorable a los intereses del peticionario; ii) ser congruente frente a la petición elevada; y, iii) debe ser puesta en conocimiento del peticionario. Entonces, si la respuesta emitida por el ente requerido carece de uno de estos tres presupuestos, se entenderá que la petición no ha sido atendida, conculcándose el derecho fundamental.*

Con ocasión de este tema, la Corte Constitucional también explicó:[7]

"Se ha dicho en reiteradas ocasiones que el derecho de petición se vulnera si no existe una respuesta oportuna[8] *a la petición elevada. Además, que ésta debe ser de fondo. Estas dos características deben estar complementadas con la congruencia de lo respondido con lo pedido. Así, la respuesta debe versar sobre aquello preguntado por la persona y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición. Esto no excluye el que además de responder de manera congruente lo pedido se suministre información relacionada que pueda ayudar a una información plena de la respuesta dada.*

El derecho de petición sólo se ve protegido en el momento en que la persona que elevó la solicitud conoce su respuesta[9]**."** (Resaltado fuera de texto).

6.5.4 Ahora bien, sobre las respuestas de fondo, la Corte Constitucional ha establecido lo siguiente:

"3.2.1. En reiterada jurisprudencia de esta Corporación[6] *se ha establecido que, dado que el derecho de petición comprende la respuesta pronta y oportuna a la reclamación o solicitud que se formula ante la respectiva autoridad, ésta, además de ser oportuna en los términos previstos en las normas constitucionales y legales, tiene que comprender y resolver el fondo de lo pedido y ser comunicada al peticionario, ya que el derecho fundamental del que se trata comprende la posibilidad de conocer, transcurrido el término legal, la contestación de la entidad a la cual*

---

[7] T-669 de agosto 6 de 2003), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[8] "Ver sentencia T-159/93, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa. El actor interpuso acción de tutela a nombre de su hijo, quien había perdido el 100% de su capacidad laboral con el fin de que se le protegiera el derecho fundamental de petición y en consecuencia se le reconociera y pagara la pensión de invalidez a que tenía derecho. No obstante, luego de más de dos años de presentada la solicitud, la demandada no había respondido. En la sentencia T-1160 A /01, M. P. Manuel José Cepeda se concedió la tutela a una persona que había interpuesto recurso de apelación contra la decisión negativa de pensión de invalidez de origen no profesional y pasados más de seis meses no había obtenido respuesta alguna."

[9] "En sentencia T-178/00, M. P. José Gregorio Hernández (la Corte conoció de una tutela presentada en virtud de que una personería municipal no había respondido a una solicitud presentada. A pesar de constatar que la entidad accionada había actuado en consecuencia con lo pedido, se comprobó que no había informado al accionante sobre tales actuaciones, vulnerándose así el derecho de petición)."

se dirigió la solicitud. La respuesta de la Administración debe resolver el asunto, no admitiéndose en consecuencia respuestas evasivas, o la simple afirmación de que el asunto se encuentra en revisión o en trámite.

Lo que se pretende, es la obtención de una respuesta de fondo con respecto a lo solicitado y no el conocimiento de un procedimiento de carácter administrativo. Para esta Corporación, el señalamiento de un trámite o la mención de los funcionarios que dentro de la entidad competente están estudiando la solicitud "es una manera de burlar el derecho de petición"[7]. De ahí que dicho comportamiento por parte de las autoridades no sea admisible en términos constitucionales y no pueda ser avalado en los procedimientos de tutela.

… La Sala, una vez revisado el contenido de la comunicación enviada a la accionante pudo determinar que ésta únicamente hace referencia a las dificultades logísticas con que ha contado la entidad para responder el cúmulo de solicitudes represadas y le informa a la accionante que por este motivo no ha podido responder su solicitud, pero que una vez llegue su turno la petición le será resuelta.

Al respecto la Sala, siguiendo los lineamientos definidos por la jurisprudencia constitucional, considera que los oficios, dirigidos tardíamente a la demandante, no resuelven su petición inicial, dado que únicamente informan que su solicitud está en trámite. Como lo ha precisado esta Corte, "el derecho de petición supone una "resolución" de lo planteado y no una simple referencia, sin contenido, al trámite que se sigue. Es necesario que se produzca una determinación de fondo y una respuesta que concrete de manera cierta lo que decide la respectiva autoridad en torno a las peticiones, favorable o desfavorablemente."[9]

Es importante que el juez de instancia, tenga en cuenta que el derecho de petición no se satisface con la respuesta del trámite interno que la accionada está obligada a seguir. La garantía de este derecho se satisface únicamente con respuestas de fondo. Las

evasivas, las dilaciones, las confusiones, no están amparadas por lo dispuesto en el contenido normativo del artículo 23 de la Constitución Política.

Para el caso objeto de examen, la Sala no considera una respuesta efectiva aquella que simplemente está informando a la interesada el trámite que se está adelantando, mucho menos cuando, tales diligencias administrativas han tardado varios meses y sólo como consecuencia de la notificación de la demanda de tutela, la Secretaría de Educación de Cundinamarca comunicó a la accionante sobre el trámite de las mismas."10 (Subrayado fuera de texto)

6.6 Solución al caso concreto

De lo obrante en el proceso se tiene lo siguiente:

i) El accionante formuló ante la E.P.S. Coomeva, desde el 25 de septiembre de 2012, un derecho de petición solicitando la devolución de unos aportes al sistema general de salud, que se habían consignado de manera equivocada.

ii) La E.P.S. Coomeva profirió oficio CYC-1123433 del 10 de octubre de 2012, en el que refirió lo siguiente: "… su solicitud es procedente por un valor de $70.900 m/cte… de acuerdo a lo estipulado en el Decreto 2280 de 2004, los aportes mencionados anteriormente fueron girados al Fondo de Solidaridad y Garantías Fosyga, por tanto Coomeva E.P.S. solicitará el reintegro ante dicha entidad y una vez sea devuelto se efectuará la devolución mediante pago por cheque a su nombre… el tiempo de pago depende de la fecha en que el Fosyga reintegre las cotizaciones que tiene a su favor, proceso que tiene una duración de 45 días contados a partir de la fecha de expedición de esta comunicación…". (folio 2).

iii) Al responder la tutela, la E.P.S. Coomeva aseguró que había ejecutado el trámite respectivo ante el Fosyga, radicando ante ese fondo la solicitud de devolución de aportes pertinente, sin aportar prueba alguna que permita inferir que dio cumplimiento a su obligación legal dispuesta en el decreto 2280 de 2004, por el cual se reglamenta el proceso de compensación y el funcionamiento de la Subcuenta de compensación interna del régimen contributivo del Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga, el cual establece lo siguiente:

[10] Corte Constitucional. Sentencia T-046 de 2007

> ***"Artículo 2°****. Proceso de compensación. Se entiende por compensación el proceso mediante el cual se descuentan de las cotizaciones recaudadas íntegramente e identificadas plenamente por las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás entidades obligadas a compensar, EOC, para cada período mensual, los recursos destinados a financiar las actividades de promoción y prevención, los de solidaridad del régimen de subsidios en salud y los recursos que el sistema recono ce a las EPS y demás EOC por concepto de unidades de pago por capitación, UPC, así como los reconocidos para financiar el per cápita de las actividades de promoción y prevención, incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad y paternidad.*
>
> *Como resultado de lo anterior, los recursos provenientes del superávit de las cotizaciones recaudadas se giran o trasladan por las EPS y EOC a las respectivas Subcuentas del Fosyga y este, a su vez, gira o traslada a las cuentas de las EPS y EOC las sumas que resulten a su favor."*
>
> ***"Artículo 14.*** *Cotizaciones giradas al Fosyga sin compensar. Cuando las Entidades Promotoras de Salud, EPS, y demás Entidades Obligadas a Compensar, EOC, giren al Fosyga cotizaciones recaudadas sobre las cuales no se adelantó el proceso de compensación, podrán incluirlas en declaraciones posteriores. En este caso se presentarán las declaraciones de giro y compensación indicando los valores y fecha en que se giraron los recursos de la cotización a las diferentes subcuentas del Fosyga.*
>
> *Cuando las EPS y EOC hayan consignado en el Fosyga saldos que no correspondan a cotizaciones o UPC adicionales, la EPS o EOC podrá solicitar el reintegro conforme a los formatos que defina el Ministerio de la Protección Social.*
>
> *Dentro de los tres (3) días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud, el Fosyga, a través de su Administrador Fiduciario, deberá pronunciarse por escrito sobre la solicitud, efectuando la devolución automáticamente a la cuenta que señale la EPS o EOC si a ello hubiere lugar. Estas solicitudes deberán efectuarse en la fecha de presentación de la declaración de corrección."*

iv) Pese a que el actor manifestó había hecho un requerimiento posterior a la comunicación indicada, la E.P.S. Coomeva no le ha informado el momento en el cual se hará efectivo el desembolso de las sumas de dinero pretendidas.

6.6.2 Teniendo en cuenta lo anterior, se deduce una vulneración de la garantía establecida en el artículo 23 de la *norma normarum,* ya que esa entidad debía dar una respuesta de fondo, informando al tutelante el momento en el cual se haría efectiva su solicitud, y en el caso de no ser el competente para brindar dicha información, se encontraba obligada a dar traslado de la solicitud a la entidad encargada de pronunciarse al respecto, tal como lo establece el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, el cual reza de la siguiente manera:

> *"ARTÍCULO 21. Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, informará de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los diez (10) días siguientes al de la recepción, si obró por escrito.*
>
> *Dentro del término señalado remitirá la petición al competente y enviará copia del oficio remisorio al peticionario.*
>
> *Los términos para decidir se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente."*

6.6.3 En razón a lo anterior, se revocará el fallo de tutela proferido por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, y en consecuencia, se ordenará a la E.P.S. Coomeva y al Fosyga, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, de manera conjunta, procedan a dar respuesta a la solicitud elevada por el señor Ortiz Moncada el día 25 de septiembre de 2012, sobre la devolución del aporte que erróneamente realizó a favor de esa entidad, dando efectiva aplicación a lo previsto en el decreto 2280 de 2004.

7. DECISIÓN

Por lo expuesto en precedencia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución.

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la decisión adoptada por el Juzgado Quinto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Pereira, dentro de la acción de tutela incoada el señor Herney de Jesús Ortiz Moncada.

SEGUNDO: TUTELAR el derecho de petición del señor Herney de Jesús Ortiz Moncada.

TERCERO: ORDENAR a la E.P.S. Coomeva y al Fosyga, que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas hábiles siguientes a la notificación de este fallo, de manera conjunta, procedan a dar respuesta a la solicitud elevada por el señor Ortiz Moncada el día 25 de septiembre de 2012, sobre la devolución del aporte que erróneamente realizó a favor de esa entidad, dando efectiva aplicación a lo previsto en el decreto 2280 de 2004.

CUARTO: Por secretaría se remitirá el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JAIRO ERNESTO ESCOBAR SANZ
Magistrado

MANUEL YARZAGARAY BANDERA
Magistrado.

JORGE ARTURO CASTAÑO DUQUE
Magistrado

JUAN CARLOS MORALES RAMÍREZ
Secretario