

JUZGADO PROMISCOU MUNICIPAL

Tenjo, Cundinamarca, quince de febrero del año dos mil veintiuno.

Se procede a decidir la **ACCIÓN DE TUTELA** instaurada por la señora **PAOLA ANDREA CAMARGO GUTIERREZ** contra la empresa **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.**

I. ANTECEDENTES:

La accionante promueve la tutela a efecto de que se le amparen sus derechos fundamentales de petición, al trabajo y a la salud los que considera vulnerados por la falta de respuesta clara, de fondo e individualizada a la petición que formuló el 18 de noviembre donde pidió la transcripción de dos incapacidades otorgadas en la Clínica Colombia.

1. HECHOS RELEVANTES QUE FUNDAMENTAN LA ACCIÓN.

1.1. La demandante se encuentra afiliada a la EPS FAMISANAR desde el año 2018.

1.2. Por una urgencia médica fue operada el 28 de mayo de 2019 en la Clínica Colombia a través del servicio de medicina prepagada COLSANITAS otorgándole una incapacidad de siete (7) días;

1.3. El 11 de diciembre de 2019 acudió por la vía de servido médico domiciliario a esa misma entidad por un cuadro de tos crónica razón por la que fue incapacitada entre el 11 de diciembre hasta el 13 de diciembre de 2020 (sic) por faringitis.

1.4. Las dos incapacidades fueron tramitadas ante su empleador la Contraloría General de la República donde labora desde el 14 de diciembre de 2018.

1.5. Su empleadora el 7 de octubre de 2020 por medio de oficio 2020IE0063034 y correo electrónico del 9 de noviembre le informó que FAMISANAR EPS se niega a acoger las incapacidades debido a que no se registró autorización por su parte en la EPS y que de no regularizar esa situación la empleadora se vería abocado a iniciar el proceso para declarar la vacancia del cargo.

1.6. El 12 de noviembre de 2020 la accionante se dirigió a la IPS ubicada en la Clínica de Tenjo donde solicitó la transcripción de las incapacidades y le informaron que por razones legales se negaban a realizar esa transcripción.

1.7. El 18 de noviembre la demandante presentó digitalmente petición ante FAMISANAR EPS para obtener la transcripción de las incapacidades médicas, información sobre la razones jurídicas de la negativa, el proceso a seguir frente a la empleadora y si está obligada a retirarse de su contrato de medicina prepagada y la remisión de la petición a la Superintendencia de Salud para el seguimiento del caso.

1.8. El 24 de noviembre se da respuesta a la petición negando la transcripción de la incapacidad por considerar que existe un vacío normativo y que en ese entendido los efectos negativos deben ser asumidos por la peticionaria, la que fue reiterada el 2 de enero de 2021.

1.9. La EPS al no transcribir las incapacidad y restringir el acceso al servicio médico a la red hospitalaria que prestan cercena el derecho a la salud porque la condiciona a que siempre deba acudir a ella para tratar cualquier padecimiento limitando su posibilidad de contratar ese servicio de manera adicional con otra entidad prestadora de salud y desnaturaliza la existencia de ese tipo de contratos médicos.

1.10. Se vulnera el derecho al trabajo porque con la negativa de transcripción de las incapacidades deja sin sustento jurídico sus ausencias laborales por causa de enfermedad común y abre el camino para que se declare vacante el cargo que desempeña actualmente.

1.11. Si no se recibe una atención pronta y oportuna al caso por cuenta de la EPS el empleador procederá a adelantar un proceso administrativo dirigido a declarar vacante el cargo y en consecuencia perderá la demandante su empleo del cual dependen sus hijos y ella para subsistir poniendo en riesgo su mínimo vital y el de sus menores hijos lo mismo que su seguridad social en salud.

2. TRAMITE ADELANTADO.

Recibida la demanda se admitió por auto del cuatro de febrero del año en curso ordenando oficiar a la accionada con el fin de verificar los antecedentes del asunto. Igualmente se ordenó la vinculación como tercero interviniente de COLSANITAS MEDICINA PREPAGADA.

3. INTERVENCIÓN DE LA DEMANDADA.

La demandada a través de su representante se opuso a la demanda de protección solicitando se declarara su improcedencia señalando que no se configura una violación de un derecho fundamental porque la petición de transcripción y pago de incapacidades es de carácter patrimonial.

Sostuvo que en el ordenamiento jurídico colombiano existen otros medios jurídicos idóneos por medio de los cuales se reclaman prestaciones económicas y que la acción de tutela no es el medio establecido por el legislador para ventilar ese tipo de pretensiones y que, en gracia de discusión, esa supuesta violación carecería del requisito de actualidad del daño que está por concretarse por cuanto éste ya cercenó el patrimonio de la accionante.

Indicó que la entidad ha cumplido con sus obligaciones dentro de los parámetros que reglamentan la prestación de servicios de la salud y que la accionante no demostró la vulneración al mínimo vital ya que no allegó documentación ni ningún medio probatorio que así lo indique.

4. INTERVENCION DE LA TERCERO VINCULADA. COLSANITAS.

La convocada solicitó su desvinculación expresando que la señora PAOLA ANDREA CAMARGO GUTIERREZ interpone la acción de tutela es contra la EPS FAMISANAR sin que hubiera manifestado alguna inconformidad frente a la atención brindada en la Compañía de Medicina Prepagada.

Sostuvo que a la empresa no le corresponde el reconocimiento económico de incapacidades y por lo tanto se configura una falta de legitimación en la causa por pasiva ya que es a la EPS FAMISANAR a quien le corresponde pronunciarse frente a las pretensiones de la accionante.

5. PRUEBAS RELEVANTES.

5.1. Incapacidad médica otorgada por la CLINICA COLSANITAS el 28-05-2019, con fecha de inicio 28-05-2019 y final 03-06-2019.

5.2. Incapacidad médica otorgada por la empresa HEALTH DELIVER SOLUTIONS (H.D.S) expedida el 11 de diciembre de 2019, con fecha de inicio 11-12-2019 y final 13-12-2019.

5.3. Comunicación del 7 de octubre de 2020 de la Contraloría General de la Nación en la que se informa de la devolución de la incapacidad 11-12-2019 al 13-12-2019 por parte de la EPS FAMISANAR y se le requiere para que en el término máximo de un mes adelante el trámite de transcripción ante esa entidad anunciándole que vencido el plazo se adelantará el procedimiento para el descuento de los días no o de abandono del cargo.

5.4. Copia del pantallazo del correo electrónico remitido de la dirección: diana.botero@contraloria.gov.co del 9 de noviembre de 2019 donde le informan a la demandante que, dentro del término de un mes, debe iniciar el trámite para la transcripción de la incapacidad del 28/05/2019 AL 3/06/2019 so pena de adelantar el procedimiento para el descuento de los días no laborados.

5.5. Certificado expedido por la EPS FAMISANAR de estado negado de la incapacidad con fecha de inicio: 28-05-2019 y final 03-06-2019 bajo el concepto: “No registra autorización de la atención por parte de la EPS.”

5.6. Derecho de petición elevado por la demandante el 12 de noviembre de 2020 a FAMISANAR EPS para que le transcriban las incapacidades médicas remitido a la dirección electrónica: correspondencia@famisanar.com.co, adjuntando 5 archivos formato PDF.

- 5.7. Respuesta al correo anterior donde la EPS informa que el requerimiento ya se encontraba radicado en la base de datos bajo el consecutivo: Q-1040858, al cual ya se le emitió respuesta el día 18/11/20.
- 5.8. Comunicación de noviembre de 2020 dada por FAMISANAR EPS en relación a la queja formulada por la demandante radicada como PQRD-20-1044119 por transcripción de la incapacidad.
- 5.9. Carnet expedido por COLSANITAS a la demandante.
- 5.10. Respuesta de fecha 2 de enero de 2021 entregada por FAMISANAR EPS al derecho de petición donde se le informa que no se aprueba la solicitud de reconocimiento económico de las incapacidades emitidas por la IPS no adscritas a esa empresa.
- 5.11. Copia del pantallazo del correo electrónico remitido el 12 de noviembre de 2020 por la demandante para obtener la prórroga del plazo para obtener la transcripción de las incapacidades.
- 5.12. Certificación laboral expedida el 25 de enero de 2021 por la Contraloría General de la República.
- 5.13. Registro civil del menor J.M. RODRIGUEZ CAMARGO hijo de la señora PAOLA ANDREA CAMARGO GUTIERREZ.
- 5.14. Registro civil de la menor M.A. RODRIGUEZ CAMARGO hija de la señora PAOLA ANDREA CAMARGO GUTIERREZ.
- 5.15. Certificado de afiliación expedido por FAMISANAR EPS de la demandante como cabeza de familia y sus beneficiarios.

Vistos los antecedentes que preceden, es del caso entrar a decidir, para lo cual ha de tenerse en cuenta las siguientes,

II. CONSIDERACIONES.

La tutela es una acción de carácter extraordinario a la que tiene acceso cualquier persona, sin ningún distingo o calidad con la condición de ser la titular del derecho fundamental alegado como violado, ante una conducta de acción u omisión de autoridad o particular que vulnera o amenaza un derecho fundamental individual.

1. PROBLEMA JURIDICO.

Se trata de establecer si se encuentran vulnerados los derechos fundamentales de la demandante por la falta de una respuesta de fondo, clara y congruente a su petición.

Para resolver el problema jurídico planteado, se analizarán los elementos del derecho fundamental de petición para finalmente establecer si con la respuesta que se le brindó a la demandante se vulneró ese derecho y por contera si se le afectaron otros derechos constitucionales.

2. EL DERECHO DE PETICION. MARCO JURIDICO Y JURISPRUDENCIA.

El derecho de petición se encuentra contemplado en el artículo 23 de la Constitución Nacional y en la Ley 1437 de 2011, sustituida por la Ley 1755 de 2015, por medio de la cual se regula el derecho fundamental de petición consagrando que toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades, por motivos de interés general o particular, y a obtener pronta resolución completa y de fondo sobre la misma.

Mediante este derecho es posible solicitar el reconocimiento de un derecho, la intervención de una entidad o funcionario, la resolución de una situación jurídica, la prestación de un servicio, requerir información, consultar, examinar y requerir copias de documentos, formular consultas, quejas, denuncias y reclamos e interponer recursos.

En cuanto a los términos para resolver una petición, el artículo 14 señala que salvo norma especial, toda petición debe resolverse dentro de los quince días siguientes a su recepción, pero si se trata de peticiones de documentos y de información deberá resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción; no obstante señala la ley que cuando no resulte posible resolver la petición dentro del plazo legal la autoridad tiene que informar esa situación al peticionario, antes del vencimiento del término, expresando el motivo de la demora y el plazo en el cual resolverá o dará la respuesta; empero si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, deberá informarlo de inmediato al interesado si este actúa verbalmente, o dentro de los cinco (5) 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 o en caso de no existir funcionario competente así se lo comunicará. Los términos para decidir o responder se contarán a partir del día siguiente a la recepción de la petición por la autoridad competente.

Los términos contemplados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 para atender las peticiones fueron modificados con la expedición del Decreto 491 de 2020 que en su artículo 5 señaló: *“Ampliación de términos para atender las peticiones. Para las peticiones que se encuentren en curso o que se radiquen durante la vigencia de la Emergencia Sanitaria, se ampliarán los términos señalados en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, así: Salvo norma especial toda petición deberá resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones: (i) Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los veinte (20) días siguientes a su recepción. (ii) Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta y cinco (35) días siguientes a su recepción. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en el presente artículo expresando los*

motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto en este artículo. En los demás aspectos se aplicará lo dispuesto en la Ley 1437 de 2011.”, en Colombia con el objeto de prevenir y controlar la propagación de la epidemia de coronavirus COVID-19 el Ministerio de Salud y Protección Social mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020 declaró la emergencia sanitaria por causa del coronavirus COVID 19 en todo el territorio nacional, la que ha sido prorrogada con las Resoluciones 844, 1462 y 2230 del 27 de noviembre de 2020 hasta el 28 de febrero de 2021, esto quiere decir que para el momento en que se radicó la petición, el 21 de noviembre, estaba en vigencia la ampliación de términos contemplada en Decreto 491 de 2020.

La jurisprudencia constitucional ha sido consistente en señalar que los parámetros básicos para la procedencia del derecho de petición, son los siguientes:

“a) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa. Además, porque mediante él se garantizan otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión.

b) El núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión, pues de nada serviría la posibilidad de dirigirse a la autoridad si ésta no resuelve o se reserva para sí el sentido de lo decidido.

c) La respuesta debe cumplir con estos requisitos: 1. Oportunidad 2. Debe resolverse de fondo, clara, precisa y de manera congruente con lo solicitado 3. Ser puesta en conocimiento del peticionario. Si no se cumple con estos requisitos se incurre en una vulneración del derecho constitucional fundamental de petición.

d) Por lo anterior, la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita.

e) Este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, esto es, a quienes ejercen autoridad. Pero, la Constitución lo extendió a las organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.

f) La Corte ha considerado que cuando el derecho de petición se formula ante particulares, es necesario separar tres situaciones: 1. Cuando el particular presta un servicio público o cuando realiza funciones de autoridad. El derecho de petición opera igual como si se dirigiera contra la administración. 2. Cuando el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata. 3. Pero, si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad, este será un derecho fundamental solamente cuando el Legislador lo reglamente.

g). *En relación con la oportunidad de la respuesta, esto es, con el término que tiene la administración para resolver las peticiones formuladas, por regla general, se acude al artículo 6° del Código Contencioso Administrativo que señala 15 días para resolver. De no ser posible, antes de que se cumpla con el término allí dispuesto y ante la imposibilidad de dar una respuesta en dicho lapso, la autoridad o el particular deberá explicar los motivos y señalar el término en el cual se realizará la contestación. Para este efecto, el criterio de razonabilidad del término será determinante, puesto que deberá tenerse en cuenta el grado de dificultad o la complejidad de la solicitud. Cabe anotar que la Corte Constitucional ha confirmado las decisiones de los jueces de instancia que ordena responder dentro del término de 15 días, en caso de no hacerlo, la respuesta será ordenada por el juez, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes.*

h) *La figura del silencio administrativo no libera a la administración de la obligación de resolver oportunamente la petición, pues su objeto es distinto. El silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición.*

i) *El derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa, por ser ésta una expresión más del derecho consagrado en el artículo 23 de la Carta.*¹

Así la respuesta a la petición debe cumplir, en concreto, los siguientes requisitos: *“i) 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; ii) es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea; y iii) es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución verse sobre lo pedido y no sobre un tema semejante, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta.”*²

Entonces en la invocación al derecho de petición lo que se debe analizar es si la petición hecha fue oportuna y debidamente contestada dado que el derecho de petición no obliga a que deba ser resuelta favorablemente pues ello corresponde definirlo a la entidad o persona a quien se le dirige la solicitud, es decir que la respuesta no necesariamente será acceder a las pretensiones que se le hacen, luego el derecho se satisface cuando se le da respuesta de fondo a la petición³; así lo reiteró la Corte Suprema de Justicia, en sede de Tutela STC-91572016 del 06 de julio de 2016, al señalar: *“... En efecto, la Sala recordó que el hecho que la respuesta no colme el interés del peticionario, no afecta la prerrogativa constitucional pues su núcleo esencial no se contrae a que se otorgue una contestación que acoja los pedimentos formulados. Enfatizó que si la respuesta no cumple con las peticiones del presunto agraviado, es asunto extraño a esta acción, toda vez que el pronunciamiento hecho por el ente accionado, da su claridad y alcance, satisface el derecho de petición que*

¹ T-377 de 2000, M.P. Alejandro Martínez Caballero

² Sentencias T-587 de 2006 y T-682 de 2017.

³ T-154 de 2017.

se aduce transgredido; otra cosa es que “puede iniciar los procesos judiciales concernientes para controvertir el contenido de la respuesta suministrado por el organismo censurado, como es, acudir ante la jurisdicción contencioso administrativo.”

3. ANALISIS DEL CASO CONCRETO.

Lo primero que debe precisarse es que la acción propuesta por la demandante no está encaminada a reclamar prestaciones económicas derivadas de sus incapacidades médicas, como lo entendieron la accionada y la vinculada, sino que se concreta a obtener de la **ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD FAMISANAR** una respuesta de fondo a la petición que radicó para obtener una transcripción de las incapacidades que le otorgó **COLSANITAS**.

En el presente asunto se encuentra probado que la accionante radicó ante la empresa demandada el 12 de noviembre de 2020 una petición solicitando la transcripción de dos incapacidades tramitadas por la empresa de medicina prepagada **COLSANITAS**, una del 28/05/2019 al 03/06/2019 y otra del 11/12/2019 al 03/06/2019, y que en caso de negarse el trámite se explicaran las razones jurídicas de la negativa; la petición fue respondida indicándole que a ese requerimiento ya se le había dado respuesta el 18 de noviembre bajo el consecutivo Q-1040858.

En la respuesta del consecutivo 1040858 **FAMISANAR EPS** le comunicó a la señora **CAMARGO GUTIERREZ** que desde el 1 de agosto de 2018 se informó que no continuaría realizando transcripción de incapacidades generadas por IPS o médicos no pertenecientes a la red de prestadores de la EPS, y derivados de un servicio, en el cual no haya mediado orientación ni autorización de la EPS, indicando en relación a la solicitud de transcripción que *“Por lo anterior, nos permitimos informar que se evidencia que la incapacidad mencionada fue expedida por una IPS no perteneciente a la red adscrita de EPS FAMISANAR, por lo expuesto no es procedente realizar de transcripción de la incapacidad. Segundo: De acuerdo a lo estipulado en el Decreto 780 de 2016, Artículo 3.2.1.2.10, Parágrafo 1, las prestaciones económicas a los dos (02) primeros días de incapacidad originada por enfermedad general, están a cargo del empleador y de las entidades promotoras de salud a partir del tercer (03) día. Es importante aclarar que las incapacidades generadas por médicos adscritos a nuestra red serán reconocidas por la EPS. Tercero: Tal como se manifestó, actualmente, no existe norma que determine si una EPS se encuentra obligada o no a reconocer la prestación económica derivada de una incapacidad cuando el afiliado es atendido por fuera de su red de prestadores, por ello la Entidad Promotora de salud es autónoma en establecer si la transcribe o no y las condiciones en que lo hará, teniendo en cuenta las circunstancias especiales en que la incapacidad sea expedida por el profesional médico u odontólogo.”*

Para el juzgado con la respuesta brindada por la **E.P.S. FAMISANAR S.A.S.** se comprueba que la demandada sí brindó una respuesta de fondo congruente a la solicitud porque con esa información la accionante conoció la postura que tiene la accionada para negarse a transcribir las incapacidades dentro de la normatividad que regula la materia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud que le permite, ante la inexistencia de una disposición legal que regule el tema de transcripción de incapacidades, decidir, en ejercicio de su autonomía, que tratándose de incapacidades expedidas por médicos externos a la red de prestadores, negar su aceptación ya que no existe una norma expresa que obligue a las EPS a transcribir esas incapacidades, satisfaciéndose de esta manera su derecho de petición no obstante que la respuesta no se muestra conveniente al requerimiento de la señora **CAMARGO GUTIERREZ**.

De otra parte y en cuanto a los derechos fundamentales que, según la demandante, se derivan de la falta de transcripción de las incapacidades ninguna evidencia permite documentar que con esa decisión se esté vulnerando a la señora **CAMARGO GUTIERREZ** su atención en salud puesto que tiene derecho a decidir o a escoger el médico que considere idóneo para su atención integral y tampoco afecta su derecho al trabajo ya que las incapacidades laborales prescritas por un médico externo a la EPS o, en este caso, de la empresa de medicina prepagada a la cual está vinculada la accionante justifican plenamente sus ausencias al trabajo en los días comprendidos entre el 28 de mayo al 3 de junio de 2019 y del 11 al 13 de diciembre de 2019 luego en nada afecta su empleo la negativa de **FAMISANAR EPS** de no transcribir las incapacidades porque sus efectos se concretan al reconocimiento económico de la incapacidad pero de ninguna manera, con sujeción al procedimiento administrativo regulado por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, constituyen una causa legítima para declarar el abandono del cargo pues, se insiste, existió una justa causa para no haber laborado en los días señalados.

En estas condiciones como se considera que el derecho fundamental de petición de la demandante no fue vulnerado como tampoco los que se relacionan con su derecho a la salud y al trabajo la tutela no puede prosperar.

Por lo expuesto, el **JUZGADO PROMISCO MUJICIPAL DE TENJO** administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. NEGAR la protección de los derechos fundamentales de petición, a la salud y al trabajo de la señora **PAOLA ANDREA CAMARGO GUTIERREZ**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. Notifíquese digitalmente lo aquí dispuesto a las partes accionante y accionada lo mismo que a la convocada, en la forma establecida en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. En caso de no ser impugnado el presente fallo remítase la actuación a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión. Líbrese comedido oficio.

NOTIFÍQUESE

La Juez,

CONSUELO DEL P. DIAZ ROBLES