

REPÚBLICA DE COLOMBIA**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA MIXTA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES**

Magistrada Ponente: LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ.
Radicación: 11001-31-18-002-2021-00125-02
Motivo de decisión: Incidente de desacato - Consulta.
Incidentante: HILVA DOLLY BONET LÓPEZ
Incidentada: NUEVA EPS S.A.
Fecha: ocho (8) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Aprobado según Acta N° 142 del 8 de octubre de 2021

Con la presente determinación, se resuelve el grado jurisdiccional de consulta a que está sometida la providencia del 23 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de Conocimiento de Bogotá, en el asunto de la referencia.

ANTECEDENTES

A través de apoderada judicial, la señora **HILVA DOLLY BONET LÓPEZ**, actuando en representación de su menor hija **SSDB**, solicitó al Juez Constitucional adelantar incidente de desacato contra la **NUEVA EPS**, por presunto incumplimiento al fallo de tutela proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de Conocimiento de Bogotá el 18 de junio de 2021, mediante el cual amparó el derecho fundamental de petición respecto de esa entidad, y, en consecuencia, ordenó “*al Representante Legal, Gerente General, y/o quien haga sus veces, de la NUEVA EPS S.A., que en el TÉRMINO DE LAS CUARENTA Y OCHO (48) HORAS siguientes, contadas a partir de la notificación de la presente decisión, proceda a dar respuesta de fondo, completa, clara, precisa y concreta a la solicitud elevada por la parte actora el 15 de abril de 2021, sin que ello implique acceder a lo pedido*”, decisión confirmada por esta Corporación en sentencia del 27 de julio de 2021.

En concreto, para sustentar la solicitud de apertura del desacato, indicó la incidentada que la entidad no le ha entregado “*ningún tipo de historia clínica de la*

menor”, requerida con el fin de que los médicos tratantes de su hija **SSDB**, puedan “analizar de manera integral la afectación”, y determinar el tratamiento oportuno, en vista de “la amputación sufrida y daños en su sistema nervioso y cerebral”, debido al accidente causado cuando recibió una descarga eléctrica.

Tras varios requerimientos, dirigidos a los doctores **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, Gerente Regional de la **NUEVA EPS**, y **DANIEL ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, Vicepresidente de Salud, con miras a indagar sobre el cumplimiento del fallo, resolvió el *a quo* constitucional en auto del 13 de agosto de 2021, abrir el trámite incidental en contra del primero de ellos, y requirió al segundo como superior jerárquico de aquel, a fin de que iniciara el proceso disciplinario en contra del llamado a cumplir la orden constitucional.

Agotado el trámite, el Juzgado declaró fundado el desacato mediante proveído del 27 de agosto de 2021, y sancionó al incidentado con multa equivalente a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes y arresto de tres (3) días, decisión invalidada por esta Corporación el 8 de septiembre de 2021, tras ser remitida para surtir el grado jurisdiccional de consulta, pues, conforme se dejó advertido en dicha providencia, el desacato no se aperturó en contra del señor **DANIEL ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, Vicepresidente de Salud, aun cuando, según respuesta de la incidentada entregada en el decurso procesal, también es responsable de cumplir la orden de amparo; igualmente, se echó de menos la apertura a pruebas, o decisión siquiera justificando por qué su agotamiento era innecesario, omisión constitutiva de afectación al debido proceso, capaz de invalidar lo actuado.

Renovada la actuación por el Juzgado de conocimiento conforme a lo ordenado, el 23 de septiembre de 2021, nuevamente declaró fundado el incidente de desacato, en consecuencia, sancionó a los incidentados, doctores **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, Gerente Regional de la **NUEVA EPS**, y **DANIEL ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, Vicepresidente de Salud, con arresto de tres (3) días y multa de tres (3) salarios mínimos legales mensuales, que debían consignar dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de la decisión en la cuenta registrada en el Banco Agrario de Colombia, a favor de la Nación - Consejo Superior de la Judicatura, so pena de iniciar el cobro coactivo. Por último, instó a los incidentados a cumplir el fallo de tutela, con la advertencia de iniciar nuevo desacato, en caso de no hacerlo.

Con miras a trazar la línea argumentativa a seguir, empezó la Juez por citar el siguiente aparte jurisprudencial, tomado de la sentencia T-512 de del 30 de junio

de 2011, M.P. **JORGE IVÁN PALACIO**: “La autoridad judicial que decide el desacato debe verificar: (1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; y (3) el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada). (Sentencias T-553 de 2002 y T-368 de 2005). // Adicionalmente, el juez del desacato debe verificar si efectivamente se incumplió la orden impartida a través de la sentencia de tutela y, de existir el incumplimiento, debe identificar si fue integral o parcial. Una vez verificado el incumplimiento debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho (...)”.

En ese sentido, estimó que la responsabilidad objetiva se encontraba satisfecha en este caso, pues: **i)** la orden fue dirigida en contra del representante legal o quien haga sus veces de la **NUEVA EPS**, **ii)** el término otorgado para el cumplimiento del fallo fue de 48 horas, contadas a partir de la notificación, y **iii)** el objeto o alcance de la decisión, consistió en que se diera respuesta de fondo, completa, clara, precisa y concreta a la solicitud del 15 de abril de 2021, sin que ello implicara acceder a lo pedido.

Seguidamente, se ocupó de examinar lo concerniente a la responsabilidad subjetiva, y en ese sentido indicó, en lo relevante, que los incidentados actuaron negligentemente en su deber de cumplimiento, a pesar de estar enterados en debida forma de la orden constitucional impartida, y vinculados al trámite incidental a través del correo electrónico secretaria.general@nuevaeps.com.co, suministrado por la entidad para tal efecto, sin ofrecer justificación insalvable y razonable de su proceder, y agregó:

“...encontramos que aun cuando los traslados fueron recibidos los días 28 de junio, 14 de julio, 3 y 13 de agosto, y 20 de septiembre del cursante, no se probó la emisión de una réplica de fondo, clara, concreta, y punto por punto, al derecho de petición radicado el 15 de abril de 2021, toda vez que en su oportunidad, se allegó por Nueva EPS un oficio en el que, de manera parcial, se pronunciaba sobre la historia clínica de S.S.D.B., pero luego adujo dar traslado al área técnica correspondiente, para estudiar el asunto, sin que haya acreditado cumplimiento en la actualidad.

“Es importante advertir que en el presente incidente de desacato, el 16 de septiembre del cursante, se APERTURÓ ETAPA DE PRUEBAS, y como consecuencia, además de acoger dentro del plenario los documentos de la parte incidentante, se tienen como pruebas: los informes y anexos allegados por la NUEVA EPS dentro de los requerimientos previos, y se advirtió que tenía el término de un (1) día hábil, a partir de la notificación del auto, para que de considerarse pertinente, en ejercicio del derecho de defensa, solicitare las pruebas que pretendía hacer valer y adjuntara documentos a efectos de corroborar o controvertir lo manifestado por su contraparte.

Seguidamente, relacionó una prueba documental e indicó:

“No se dispuso la recepción de más elementos suasorios, pues con los anteriores, se logra acreditar la existencia de un derecho de petición pendiente de respuesta de fondo,

punto por punto y permiten colegir las actuaciones y trámites surtidos por la Nueva EPS frente a este, lo que se desprende de los sendos informes y anexos allegados por la entidad.

“A estas alturas, no obra elemento suasorio que permita verificar cumplimiento íntegro a la decisión de tutela; o que, por el contrario, se encamine a reflejar una fuerza mayor, caso fortuito o imposibilidad material o legal que justificaran su conducta.

“Es importante mencionar que cuando una entidad pública o particular se resiste o retarda la ejecución de lo dispuesto en una providencia judicial que le fue adversa, no sólo lesiona las garantías fundamentales que a través de ésta última se han reconocido a quien invocó su protección, sino que menosprecia una decisión que hizo tránsito a cosa juzgada, a la que debe obediencia. Pero es más, en este caso se trata del derecho concedido a favor de una menor de edad, S.S.D.B., aspecto que se acentuó por el Tribunal Superior de Bogotá en la decisión de segundo grado.

“Por lo cual, debe enfatizar el Despacho que la NUEVA EPS al no emitir respuesta a lo pedido el 15 de abril, de manera electrónica, claramente está vulnerando el derecho constitucional fundamental de petición; y, de contera, incumple una orden judicial.

“Debido a lo anterior, se concluye que los doctores GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN, identificado con C.C. No. 79.541.744, GERENTE REGIONAL BOGOTÁ D.C. de NUEVA EPS, y DANILO ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO, identificado con C.C. No. 19.374.852, VICEPRESIDENTE DE SALUD de la NUEVA EPS, han actuado de manera negligente, desacatando la orden judicial proferida por éste Despacho el 18 de junio de 2021...”

Notificada la anterior decisión, remitió las diligencias a esta Corporación a fin de surtir el grado jurisdiccional de consulta, el cual pasa a resolverse previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Ha previsto el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, las consecuencias jurídicas por el incumplimiento a la orden de protección a un derecho fundamental contenida en fallo de tutela, frente a quien se declara responsable del desacato, comportamiento sancionable mediante trámite incidental, con arresto de hasta de seis meses y multa que puede llegar a veinte salarios mínimos mensuales, sin perjuicio de las acciones penales a que hubiere lugar. La autoridad competente para imponer esta sanción es el juez de primera instancia en el trámite constitucional, en decisión sometida a consulta.

La sanción por desacato, en cuanto constituye el ejercicio del poder disciplinario y sancionador del Estado, se erige en una potestad del Juez Constitucional importante en el propósito de hacer cumplir la sentencia de tutela, a la par, constituye un juicio de responsabilidad subjetiva al servidor público o particular vinculado por la orden de tutela, sometido como toda medida sancionatoria al principio de legalidad, cuyos límites infranqueables se establecen en la Constitución y la Ley.

La subjetividad bajo la cual deben examinarse esta clase de asuntos, supone igualmente en la acción u omisión de la autoridad incidentada, encargada de acatar la orden constitucional, la existencia de un actuar doloso, no basta solamente verificar de manera objetiva el incumplimiento, para proceder a la imposición de las sanciones autorizadas por el legislador, es necesario, a la par, constatar la desatención o el desdén del responsable de materializar dicha orden, y así también lo ha entendido la jurisprudencia, y lo sostuvo en reciente decisión, al señalar:

“Al respecto, esta Corporación ha sostenido que:

*“(…) está autorizada legalmente la imposición de sanciones cuando quien está llamado a cumplir la orden que se le imparte, no acata tal mandato en la forma y término señalados por el juez de tutela. Empero, esa desatención debe estar plenamente demostrada, de forma tal que el destinatario de la acción haya desobedecido por capricho, incuria, negligencia o por otra cualquiera razón semejante que revele su falta de disposición para atender lo resuelto en el amparo (CSJ ACT562-2021)” (CSJ, STC5730 del 21 de mayo de 2021, M.P. **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**).*

Con esa breve orientación, revisa el Tribunal la decisión sometida al grado jurisdiccional de consulta y, desde ya, anuncia que la misma se revocará, por las razones que enseguida se exponen:

En el escrito inaugural del trámite incidental, la señora **HILVA DOLLY BONET LÓPEZ** solicitó dar apertura al desacato, afianzada en que la **NUEVA EPS S.A.**, no le ha entregado la historia clínica de la niña **SSDB**, y frente a tal aspecto, la entidad incidentada indicó haber dado respuesta a la accionante, con oficio No. VS-GOS-DASS-AEPS-00271-2021 del 24 de agosto de 2021, enviado a la dirección de la señora **BONET LÓPEZ**, diagonal 100C Sur No. 2B-59 barrio El Brillante de esta ciudad, informándole que no era viable suministrarle copia de la historia clínica requerida, comoquiera que *“La atención de los afiliados no se realiza en IPS propias, sino en IPS bajo la modalidad de contratación por modelo de Capitación o Pago Global Prospectivo (PGP). No está bajo el control y custodia de NUEVA EPS el archivo de historias clínicas de las diferentes IPS contratadas”*.

La anterior respuesta, la fundamentó en lo dispuesto en los artículos 13, 14 y 15 de la Resolución 1995 de 1999, *“Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica”*, entre éstos, el 13 indica que la custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que le generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la citada Resolución, y que es aquel (el prestador), el encargado de entregar copia de la historia clínica. Citó así mismo, en lo relevante, lo dispuesto en el artículo 102 del Decreto 2106 de 2019, conforme al cual, en materia de solicitud de la historia

clínica, el prestador de servicios de salud, públicos o privados, valga señalar, la IPS, *“al que un usuario le solicite copia o información de su historia clínica, deberá entregarla en un término máximo de cinco (5) días calendario. La misma podrá ser remitida por medios electrónicos si así lo autoriza el usuario, caso en el cual el envío será gratuito”*; así mismo, lo dispuesto en el artículo 5 de la Ley 2015 de 2020, por medio del cual se crea la historia clínica electrónica interoperable, el cual prevé *“Todos los prestadores de servicios de salud, públicos o privados, seguirán teniendo la responsabilidad de la guarda y custodia de las historias clínicas de las personas en sus propios sistemas tecnológicos de acuerdo con las leyes vigentes sobre la materia”*, y añadió:

“Por articulación normativa de resolución 1995 de 1999, Decreto – Ley 019 de 2012, Resolución 2003 de 2014 y Resolución 839 de 2017, la NUEVA EPS NO está integrada ni es dueña de las IPS que conforman la red prestadora, por lo que NUEVA EPS NO está legitimada para acceder o disponer libremente a las historias clínica[s] de los pacientes atendidos en los distintos centros médicos y hospitales (IPS) y la custodia de la historia clínica; por la misma razón le resulta imposible suministrar directamente la copia de una historia clínica que usted requiere y que reposa en el archivo de la IPS que le atendió.

*“La legitimidad para el acceso a la historia clínica por parte de la NUEVA EPS y sus equipos de colaboradores está limitado a fines de la auditoria, control administrativo, control de calidad de los servicios prestados, soporte documental para gestión de servicios a suministrar, y reporte a los órganos de control del sistema de salud. **La NUEVA EPS no está legitimada a acceder a su historia clínica para los fines diferentes a los antes nombrados.** Sin importar la causa que motive al afiliado, resulta imposible la entrega de historias clínicas de las IPS, ya que no están bajo control y custodia de NUEVA EPS.*

“La solicitud de copia de su historia clínica debe ser realizada tanto a su IPS Primaria, como a las demás IPS en que haya sido atendido”.

La anterior respuesta acompañada con el puntual reclamo de la incidentante, quien, se reitera, acusa a la **NUEVA EPS S.A.** de no haberle entregado copia de la historia clínica de su menor hija, descarta la responsabilidad subjetiva sustento de las sanciones impuestas a los funcionarios encartados en la providencia consultada, y, de paso, un actuar doloso de su parte, pues, con miras a atender el reclamo de la quejosa en cumplimiento de la orden constitucional, los incidentados informaron a la usuaria las razones de orden legal por las cuales les era imposible acceder a entregarle el citado documento, comoquiera tal función corresponde, en

primer lugar, al directo prestador del servicio de salud, esto es, a la IPS donde atienden a la niña. Desde ese punto de vista, estima el Tribunal desacertada la atribución de un comportamiento doloso a los incidentados, pasible de ser castigado mediante las drásticas sanciones impuestas en la decisión consultada, que van desde la multa pecuniaria, hasta la afectación de su derecho a la libertad, estando acreditado su ánimo de responder al reclamo de la quejosa.

Ahora, incuestionable es la superioridad de los intereses de la niña **SSDB** en este caso, sujeto de especial protección constitucional reforzada atendiendo su especial situación, y, por tanto, el deber de las autoridades de velar por su salvaguarda, sin embargo, la negativa de la entidad encuentra respaldo razonable en la normatividad citada, y en adición, al volver sobre el trámite adelantado dentro de la acción de tutela génesis del presente incidente, observa el Tribunal que la accionante también procuró el acopio de la historia clínica a través de la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte – Hospital Simón Bolívar y Subred Integrada de Servicios de Salud Sur – Hospital Meissen, entidades que, en efecto, después de algunos requerimientos previos, hicieron entrega de la misma a la interesada, conforme así lo advirtió el *a quo* en la sentencia del 18 de junio de 2021, si bien hubo necesidad de hacer extensivo el amparo constitucional en segunda instancia frente a la Subred Integrada de Servicios de Salud Norte – Hospital Simón Bolívar, comoquiera que su pronunciamiento en relación con la entrega de “*copia de las fotos tomadas del seguimiento del trauma de la menor que nos mostraron los médicos*”, no cumplía los parámetros de claridad, precisión y congruencia necesarios, para atender de fondo dicha solicitud.

Frente a todo lo dicho, es oportuno memorar lo dicho por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia antes citada, al ocuparse de un asunto de similares contornos:

“En el sub-examine, la tutela original se circunscribió a la trasgresión del derecho de petición elevado por Rodolfo Guerrero Bueno y, en tal sentido, la resolutive se limitó a ordenar que el ente demandado lo contestara de acuerdo con los parámetros de ley, sin sugerir algún sentido de la respuesta. De suerte que, como en el expediente está demostrado que la sociedad atendió dicho requerimiento, quedó descartada la responsabilidad subjetiva y, por ende, resulta inviable sancionar a sus voceros como se hizo.

“Entonces, fluye una inconformidad del petente frente al contenido mismo de la respuesta al derecho de petición, aspecto ajeno por completo a la pauta constitucional impartida en el fallo objeto del incidente de desacato.

“Expresado en otros términos, estando claro que el desconcierto de Rodolfo Guerrero se reduce al sentido de la «contestación» proporcionada por el organismo interpelado, emerge evidente la carencia de mérito para «castigarlo» porque, como se tiene establecido, «el contenido de la respuesta deberá ser adecuado, es decir, que ha de guardar correspondencia con lo solicitado, sin que el pronunciamiento conlleve,

*necesariamente, una respuesta favorable» (STC3768-2019)» (CSJ, STC5730 del 21 de mayo de 2021, M.P. **OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE**).*

Es cierto que a la par de la historia clínica, la accionante elevó otras solicitudes en el derecho de petición, puntualmente, pidió: i) entregar copia de los exámenes realizados y resultados, ii) indicar valoraciones neuro cerebrales e indicar qué seguimiento se realizó para su trauma cerebral por los TIC y afectación que sufrió en el sistema nervioso, iii) indicar qué tratamiento y terapias se realizaron y su seguimiento, e iv) indicar qué tratamiento psicológico y psiquiátrico se está adelantando a la menor y a su familia por el trauma; frente a tales pedimentos la entidad no hizo un pronunciamiento expreso, posiblemente en el entendido de que todo se encuentra asociado a la historia clínica de la niña, pues, versa sobre aspectos que necesariamente deben estar allí documentados y, por lo mismo, en ese entendimiento la Sala considera la omisión dentro de un margen de duda que, ponderado frente a la gravedad de las sanciones, y sin perjuicio de la exhortación que aquí se hará a la **NUEVA EPS S.A., a través del servicio contratado con la IPS**, para que se pronuncie expresamente frente a tales aspectos, razones todas que aconsejan revocar las sanciones impuestas.

Añádase a lo dicho que esas mismas solicitudes fueron elevadas por la accionante a otras entidades, cuya responsabilidad también se encuentra involucrada, y que no fueron vinculadas a este trámite, siendo preciso, en pos de la real garantía de los intereses de la niña, que el *a quo* constitucional, en ejercicio de la competencia que conserva hasta lograr su restablecimiento, y en el marco de las órdenes constitucionales impartidas en esta instancia, adopte las determinaciones que considere necesarias, tal cual se indicó en el fallo de tutela emitido el 27 de julio de 2021, con apoyó en lo considerado por la doctrina constitucional en el sentido de que:

*“el peso del cumplimiento de la orden de tutela recae en el Juzgado o Tribunal que se pronunció en primera instancia, el cual, se repite, mantendrá competencia hasta que se restablezca el derecho vulnerado porque la protección de los derechos fundamentales es la esencia de la tutela, luego el cumplimiento de la orden de protección es una obligación de hacer por parte del juez de tutela de primera instancia...” (Auto 113 de 2016, M.P. **LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ**).*

En consecuencia, habrá que revocar la decisión proferida dentro del incidente de desacato y, por ende, la imposición de sanción prevista en la ley, y consecuentes con lo dicho, se exhortará a la **NUEVA EPS SAS** para que se pronuncie frente a los demás puntos indicados *ut supra*.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D. C., Sala Mixta de Asuntos Penales Para Adolescentes,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la providencia del 23 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con funciones de Conocimiento de Bogotá, en el asunto de la referencia y, en su lugar:

NEGAR la imposición de sanción a los doctores **GERMÁN DAVID CARDOZO ALARCÓN**, Gerente Regional de la **NUEVA EPS**, y **DANIEL ALEJANDRO VALLEJO GUERRERO**, Vicepresidente de Salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR notificar por el medio más expedito a las partes y demás concernidos al trámite.

TERCERO: EXHORTAR a la **NUEVA EPS SAS** a través del servicio contratado con la **IPS**, para que, de no haberlo hecho aún, entregue respuesta inmediata a la accionante, frente a los demás puntos indicados en la parte motiva.

NOTIFÍQUESE



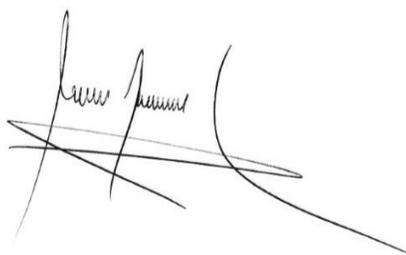
LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ

Magistrada



JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ

Magistrado



RAMIRO RIAÑO RIAÑO

Magistrado