

T-058-18

Sentencia T-058/18

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Marco jurídico y elementos esenciales

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial

DERECHO DE PETICION-Respuesta clara y precisa, congruente, de fondo y suficiente

HISTORIA CLINICA-Documento privado sometido a reserva

DERECHO FUNDAMENTAL DE PETICION-Relación con el acceso a la historia clínica, la obligación de organización, manejo y custodia, el derecho fundamental de habeas data, acceso a la información y a la seguridad social

HISTORIA CLINICA-Organización, manejo y custodia

En relación con su organización y manejo se determinó que “(t)odos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico”. La retención y conservación se estableció por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha de la última atención, término que, posteriormente, se disminuyó a 15 años. Particularmente, respecto a la custodia, se determinó que esta es una obligación a cargo del prestador del servicio de salud que generó la historia clínica, entidad que “podrá entregar copia (...) al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite”.

ACCESO A LA HISTORIA CLINICA PARA SUS TITULARES A TRAVES DEL DERECHO DE PETICION Y SU RELACION CON LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE HABEAS DATA Y DE ACCESO A LA INFORMACION

DERECHO DE PETICION-Solicitud de la historia clínica

DERECHO DE PETICION-Orden al Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS responder de fondo la petición presentada por el accionante para acceder a su historia clínica

Referencia: Expediente T-6.418.361

Demandante:

Robert Alberto Portilla Romo

Demandados:

Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A. y Nueva EPS

Magistrado Sustanciador:

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá, D.C., veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, quien la preside, Gloria Stella Ortiz Delgado y Cristina Pardo Schlesinger, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 25 de julio de 2017, mediante el cual declaró la carencia actual de objeto por hecho superado en la acción de tutela presentada por el señor Robert Alberto Portilla Romo contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A.[1], y la Nueva EPS, por la presunta vulneración del derecho fundamental de petición.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 10 de julio de 2017, el señor Robert Alberto Portilla Romo presentó acción de tutela contra el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A.[2], con el fin de que fuera protegido su derecho fundamental de Petición, por cuanto, el 15 de mayo de 2017, solicitó copia de su historia

clínica y, sin embargo, la entidad accionada se limitó a realizar un recuento de su situación legal y a señalar que en sus archivos no se encuentra el documento requerido.

2.1. El accionante manifiesta que en ejercicio del derecho fundamental de petición, el 15 de mayo de 2017, solicitó al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales (P.A.R.I.S.S) copia de su historia clínica, en la cual se incluyera la información registrada en la extinta Clínica San Pedro Claver, institución en la cual fue atendido (no especifica el periodo de atención).

2.2. La Subdirectora General del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales -P.A.R.I.S.S.-, por medio de Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, advirtió que, mediante el Decreto 2013 del 28 de septiembre de 2012, se determinó la supresión y liquidación del Instituto de Seguros Sociales, cuyo cierre definitivo se produjo el 31 de marzo de 2015, lo que generó la extinción jurídica de la entidad.

Asimismo, señaló que esa empresa -antes de su cierre- celebró el contrato de fiducia mercantil No. 015 -2015 con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. (FIDUAGRARIA S.A)[3], con la que se constituyó el fideicomiso denominado Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales. En consecuencia, FIDUAGRARIA S.A. respecto del Patrimonio Autónomo de Remanentes actúa como administrador y vocero, pero ni esta sociedad ni el fideicomiso son continuadores del proceso de liquidación del ISS, ni tampoco sucesores procesales o subrogatorios de la extinta entidad.

Finalmente, respecto a la petición del demandante señaló que “dentro del acervo documental recibido no existe historia a nombre de Robert Alberto Portilla identificado con CC No. 80.368.447 de la atención recibida en la extinta clínica San Pedro Claver”.

2.3. El demandante considera que este oficio no constituye una respuesta de fondo a su solicitud y, en consecuencia, su derecho fundamental de petición fue vulnerado, motivo que lo condujo a presentar la tutela objeto de revisión.

3. Pretensiones

El señor Robert Alberto Portilla Romo solicita que, por medio de la acción de tutela, se proteja su derecho fundamental de Petición y, en consecuencia, se ordene responder de

fondo la solicitud presentada el 15 de mayo de 2017, por medio de la cual requirió copia de su historia clínica.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas relevantes:

- Copia de la petición presentada por el señor Robert Alberto Portilla Romo al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, el 15 de mayo de 2017 (Cuaderno 2, folio 3).
- Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017 expedido por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales (Cuaderno 2, folio 2).

5. Respuesta de las entidades accionadas

La acción de tutela correspondió por reparto al Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, que resolvió, mediante Auto del 12 de julio de 2017, admitirla, vincular a FIDUAGRARIA S.A. y correr traslado.

5.1. La Nueva EPS a través del Coordinador Jurídico de la Regional Bogotá, por medio de correo electrónico remitido el 17 de julio de 2017, solicitó la desvinculación del proceso constitucional, por falta de legitimación en la causa.

Alegó que conforme a la información de la base de datos de la Nueva EPS, no existe ninguna solicitud radicada en esa entidad por el actor. A continuación, explicó que, desde el 1º de agosto de 2008, la Nueva EPS asumió la prestación del servicio de salud de los afiliados al régimen contributivo que a dicha fecha tuviera la EPS del Instituto de Seguros Sociales. No obstante, de acuerdo con el área de dirección de operaciones de esta entidad, el demandante “no migró en la base del Instituto de Seguro Social EPS en el momento de traslado a prevención efectuado el 1º de agosto de 2008”. Lo que se debe a que, según la página web oficial del Fosyga, el usuario está activo en la EPS Cruz Blanca (régimen contributivo), desde el 1º de marzo de 2007.

Posteriormente, advirtió que, según el Instituto de Seguros Sociales, la custodia de las historias clínicas sería entregada a operadores externos. En este sentido, la Resolución

1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, establece en su artículo 13 que la entidad encargada de custodiar las historias clínicas es la EPS que las generó, en el curso de la atención. Es decir, se trata de la IPS perteneciente a la red de prestadores de salud de la EPS del Instituto de Seguros Sociales y no de la Nueva EPS.

5.2. El apoderado judicial del Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A.[4], según contrato de fiducia No. 015-2015 del 31 de marzo de 2015, presentó contestación por medio de correo electrónico enviado el 18 de julio de 2017, solicitando declarar la carencia actual de objeto por hecho superado. Lo anterior con sustento en la respuesta emitida mediante el Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, mediante el cual, además de reiterar la situación jurídica de esa entidad, se puso en conocimiento que “dentro del acervo probatorio recibido no existe historia a nombre de Robert Alberto Portilla identificado con C.C. No. 80.368.447 de la atención recibida en la extinta Clínica San Pedro Claver”. Esta respuesta, según alegó la entidad, resulta clara, precisa, congruente y de fondo, por consiguiente, no existe vulneración a los derechos fundamentales del accionante.

Igualmente, advirtió que esa respuesta es emitida por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A., entidades que conforme el contrato de fiducia mercantil No. 015 de 2015, no son sucesores procesales o subrogatorios del extinto ISS. En el mismo sentido se reiteró que FIDUAGRARIA S.A., actúa solo como administrador y vocero (folio 21, Cuaderno 2).

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REVISA

1. El Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante providencia del 25 de julio de 2017, declaró la carencia actual de objeto por hecho superado. En la providencia se advierte que la entidad accionada respondió la petición presentada por el accionante a través del Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, de manera clara, de fondo y congruente con lo solicitado por éste y, además, la contestación fue remitida a la dirección de correspondencia del actor, puesto que coincide con la indicada en la tutela para notificaciones.

2. Impugnación extemporánea. La decisión judicial en comento fue notificada al accionante el 26 de julio de 2017, el término de ejecutoría venció el 31 de julio, sin embargo, este

interpuso el recurso de apelación el 1º de agosto de 2017. En consecuencia, la impugnación fue rechazada por ser extemporánea. En el escrito de impugnación el accionante advirtió que requiere acceder a su historia clínica en procura de que le sea posible determinar la fecha de estructuración de la pérdida de su capacidad laboral y alegó que, en caso de no poder suministrar lo solicitado, la entidad accionada debió señalar, al menos, su lugar de ubicación. En consecuencia, manifestó que no resultaba procedente determinar la existencia de un hecho superado.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y el artículo 56 del Acuerdo 02 de 2015, “(p)or medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”.

2. Procedencia de la acción de tutela

2.1. Legitimación por activa

Según lo establecido en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, preferente y sumario, al que puede acudir cualquier persona cuando sus derechos fundamentales resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión en que incurra cualquier autoridad pública o un particular, en los casos específicamente previstos por el Legislador y no exista otro mecanismo de defensa judicial que permita su protección efectiva.

En este sentido, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, “[p]or el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”, determina que “(l)a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

En el presente caso, el accionante acudió a la acción de tutela para que se proteja su

derecho fundamental de petición, presuntamente vulnerado por el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, el cual, en criterio del actor, aún no ha respondido la petición presentada el 15 de mayo de 2017, por cuanto, la entidad accionada, a modo de respuesta, expidió el Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, en el cual se limitó a contestar que en esa entidad no se encuentra copia de tal documento y a hacer un recuento jurídico de la situación legal de la entidad.

2.2. Legitimación por pasiva

Según lo establecido en los artículos 5º, 13 y 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier acción u omisión en que incurra una autoridad pública o un particular, en los casos determinados por la ley, cuando se les atribuye la vulneración de un derecho fundamental.

En el presente caso, el demandado es el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales. Al respecto debe tenerse en cuenta que el contrato de fiducia mercantil, según el Código de Comercio Título XI, es un negocio jurídico mediante el cual una persona (fiduciante o fideicomitente) trasfiere uno o más bienes debidamente especificados a otra (fiduciario), y esta última se obliga a administrarlos o enajenarlos, en procura de acatar la finalidad determinada por el constituyente, ya sea en su beneficio, o en el de un tercero (fideicomisario)[5]. La Corte Constitucional ha estudiado la legitimación en la causa por pasiva en el caso de los Patrimonios Autónomos de Remanentes, por medio de las Sentencia SU-377 de 2014 y T-123 de 2016, entre otras, en las cuales ha determinado que “en el ámbito del proceso civil, que tiene sus especificidades, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido entonces que los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte, aunque esta capacidad la ejerciten por conducto del fiduciario. Es este último, en su condición de fiduciario, quien debe ser demandado en tales procesos.(...) Por ser el de tutela un proceso informal, en el cual hay un mandato específico de prevalencia del derecho sustancial (CP art. 228 y Dcto 2591 de 1991 art. 4), debe entenderse que cuando el demandado es un patrimonio autónomo, quien lo está siendo en el fondo es el fiduciario o administrador de ese patrimonio.”[6] (resaltado propio).

El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, demandado, es un fideicomiso constituido por medio del contrato de fiducia mercantil No. 015 de marzo

de 2015 celebrado entre el Instituto de Seguros Sociales (antes de su cierre), el cual obró por medio de su liquidador, y la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. - FIDUAGRARIA S.A.-, entidad que se constituyó en fiduciario[7] y que celebró el mencionado contrato en calidad de Sociedad Autónoma de economía mixta, sometida al Régimen de la Empresas Industriales y Comerciales del Estado, vinculada al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Social.

De acuerdo con el contrato celebrado “la finalidad del patrimonio autónomo de remanentes -PAR- es la administración y enajenación de los activos que le sean transferidos; la administración conservación, custodia y transferencia de los archivos, la atención de las obligaciones remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio y, además, asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación al cierre del proceso liquidatorio, que se indican en los términos de referencia y en el presente contrato de fiducia mercantil o en la ley”. (Resaltado propio).

En el caso concreto, entonces, el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, se considera legitimado para actuar, en la medida que actúa a través de FIDUAGRARIA S.A., su administrador y vocero. Al PAR se le atribuye por el accionante la vulneración de los derechos fundamentales de petición y, como consecuencia de ello, de información y seguridad social del accionante, a lo que se suma que entre sus funciones, de acuerdo con el contrato de fiducia mercantil, está la de la administración conservación, custodia y transferencia de los archivos.

2.3. Subsidiariedad

En la jurisprudencia sentada por esta Corporación se ha especificado que: (i) la tutela es improcedente cuando existen otros medios de defensa judiciales idóneos y eficaces y, no exista la posibilidad de configuración de un perjuicio irremediable; (ii) procede, de manera transitoria, cuando existen otros medios de defensa judicial, pero se requiere evitar la consumación de un perjuicio irremediable y (iii) procede de manera definitiva, cuando no existen mecanismos judiciales idóneos ni eficaces que permitan proteger los derechos fundamentales[8].

En el presente caso, se advierte procedente la acción de tutela pues, atendiendo a las circunstancias del caso concreto, no se evidencian otros medios de defensa judiciales diferentes a los que pueda acudir el accionante para solicitar la protección de su derecho fundamental de petición, presuntamente afectado por la respuesta emitida por la entidad accionada[9]. Esto, a pesar de que existen otros derechos que, como consecuencia de lo anterior, pueden resultar vulnerados como la seguridad social y el acceso a la pensión de invalidez del demandante.

2.4. Inmediatez

La finalidad de la acción de tutela es garantizar una protección efectiva, actual y expedita frente a la transgresión o amenaza inminente de un derecho fundamental, motivo por el cual, entre la ocurrencia de los hechos en que se basa la pretensión y la presentación de la demanda, debe haber transcurrido un lapso razonable. Con este requisito se busca evitar que la acción de tutela instaurada sea empleada para subsanar la negligencia en que incurrieran los ciudadanos para la protección de sus derechos y, aunado a ello, se constituye como una garantía de la seguridad jurídica.

La acción de tutela en estudio fue presentada el 10 de julio de 2017, en atención a la presunta vulneración del derecho fundamental de petición en que incurrió la accionada, con la respuesta emitida mediante el Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017. Es decir, la demanda se presentó después de 1 mes y 10 días de que se configurara la presunta vulneración de esta garantía constitucional, término que resulta razonable para el ejercicio de esta acción y, por consiguiente, se advierte cumplido este requisito.

3. Problema jurídico

En virtud de los antecedentes referidos, le corresponde a esta Sala de Revisión determinar si el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDIAUAGRARIA S.A. [10], vulneró los derechos fundamentales de petición, de habeas data y de acceso a la información del accionante, al no responder de fondo la petición presentada por éste el 15 de mayo de 2017, mediante la cual solicitó la copia de su historia clínica, al limitarse a manifestar que este documento no reposa en los archivos de la entidad.

Con el fin de resolver este problema jurídico, a continuación la Sala procede a estudiar, en relación con el derecho fundamental de petición: (i) su marco jurídico y elementos esenciales; (ii) su relación con el acceso a la historia clínica (en concordancia con el deber de organización, conservación y custodia) y los derechos fundamentales al habeas data, acceso a la información y a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia. Finalmente, con fundamento en este estudio se realizará el (iii) análisis constitucional del caso concreto.

4. Derecho fundamental de petición, marco jurídico y elementos esenciales. Reiteración de jurisprudencia

El derecho fundamental de petición se comprende como la garantía constitucional de toda persona a (i) formular peticiones respetuosas, (ii) ante las autoridades o particulares, - organizaciones privadas[11] o personas naturales[12]-, en los términos definidos por el Legislador; (iv) por motivo de interés general o particular, y a (iv) obtener pronta resolución[13]. El marco jurídico de esta garantía se concentra, principalmente, en el artículo 23 de la Constitución Política y en la Ley 1437 de 2011, Título II, sustituido por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015[14], “(p)or medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”.

Mediante el ejercicio del derecho fundamental de petición resulta 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”[15] (resaltado propio). Existen algunos documentos que tienen carácter reservado, entre estos, por ejemplo, las historias clínicas. Sin embargo, el Legislador previó la posibilidad de que, en casos como estos, tales documentos puedan ser solicitados por su titular (numeral 3º y parágrafo del artículo 24 Ley 1437 de 2011). En cualquier caso, el ejercicio de este derecho es gratuito, no requiere de representación a través de abogado[16] y, puede presentarse de forma verbal o escrita[17], a través de cualquier medio idóneo para la comunicación o transferencia de datos[18].

El término para resolver las peticiones, por regla general, es de 15 días[19] siguientes a su

recepción. Sin embargo, existen algunos casos especiales, como sucede, por ejemplo, en el caso de la solicitud de documentos o información, caso en el cual la solicitud debe resolverse en el término de 10 días siguientes a su recepción; o en el caso de las consultas ante las autoridades, el término es de 30 días siguientes a la recepción, tal y como se señala en el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011:

“1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

2. 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 (30) días siguientes a su recepción.”

No obstante, cuando no resulte posible resolver la petición en los mencionados plazos, según el párrafo del artículo 14 de la Ley 1437 de 2011, la autoridad tiene que informar esta situación al petente, antes del vencimiento del término. Para ello se debe expresar los motivos de la demora y el plazo en que se resolverá o dará respuesta, el cual debe ser razonable y, en todo caso, no puede exceder el doble del inicialmente previsto.

En el evento de que la petición se dirija ante una autoridad sin competencia, según el artículo 21 de la Ley 1437 de 2011, si esta se realiza de manera verbal, se debe informar “de inmediato” al peticionario, de ser por escrito, dentro de los 5 días siguientes a los de la recepción. Adicionalmente, la autoridad “(d)entro 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”. En este sentido, la Corte Constitucional ha advertido que “la simple respuesta de incompetencia constituye una evasiva a la solicitud, con lo cual la administración elude el cumplimiento de su deber y desconoce el principio de eficacia que inspira la función administrativa”[20].

Cabe resaltar en relación con los derechos de petición ejercidos ante particulares que se han diferenciado tres situaciones: (i) cuando el particular presta un servicio público o realiza

funciones de autoridad, el derecho de petición opera como si se dirigiera contra la administración; (ii) si el derecho de petición se constituye en un medio para obtener la efectividad de otro derecho fundamental, puede protegerse de manera inmediata, el trámite y resolución de estas peticiones están sometidos a los principios y reglas generales, establecidos en el Título II de la Ley 1437 de 2011 (anteriormente mencionadas); sin embargo, se ha señalado que (iii) si la tutela se dirige contra particulares que no actúan como autoridad o no se trate de la protección de otro derecho fundamental, este será un derecho fundamental solamente cuando el legislador lo reglamente[21].

Siguiendo estas consideraciones, la Corte Constitucional mediante la Sentencia C-951 de 2014, por medio de la cual se estudió el Proyecto de Ley Estatutaria “(p)or medio del cual se regula el derecho fundamental de petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”, precisó que el núcleo esencial del derecho fundamental de petición comprende[22]: i) la formulación de la petición; ii) la pronta resolución, iii) la respuesta de fondo y iv) la notificación al peticionario de la decisión. En concordancia, se ha precisado que sus elementos estructurales[23] son: (i) el derecho de toda persona a presentar peticiones ante las autoridades por motivos de interés general o particular; (ii) la solicitud puede ser presentada de forma verbal o escrita; (iii) la petición debe ser formulada respetuosamente; (iv) la informalidad en la petición; (v) la prontitud en la resolución; y (vi) la competencia del Legislador para reglamentar su ejercicio ante organización privadas.

Particularmente, en relación con la respuesta a la petición, se ha advertido en reiteradas oportunidades que, so pena de ser inconstitucional, esta debe cumplir con los requisitos de (i) oportunidad; (ii) ser puesta en conocimiento del peticionario[24] y (iii) resolverse de fondo con claridad, precisión, congruencia y consecuencia[25] con lo solicitado[26].

La respuesta, en consecuencia, se debe emitir en el término definido por la ley[27], tiene que ser efectivamente notificada al peticionario “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”[28] y, debe comprender una respuesta de fondo, clara, precisa, congruente y consecuente a la solicitud[29]. Particularmente, en virtud de esta última exigencia se ha determinado la vulneración del derecho fundamental de petición cuando se han emitido respuestas abstractas[30], escuetas[31], confusas, dilatadas o ambiguas[32], al considerar que carece

de sentido que se responda la solicitud si no se resuelve sustancialmente la materia objeto de petición[33]. En consecuencia se ha explicado que, por ejemplo, la respuesta, puede implicar que “la autoridad suministre información adicional relacionada con los intereses del peticionario, pues eventualmente ésta puede significar una aclaración plena de la respuesta dada”[34]. (Resaltado fuera de texto)

En este sentido, la Sentencia T-610 de 2008, reiterada en la C-951 de 2014, estableció que la respuesta a las peticiones deben reunir los requisitos resaltados a continuación para que se considere ajustada al Texto Superior:

La respuesta debe ser “(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”(resaltado propio).

Ahora bien, la obligación de resolver de fondo una solicitud no significa que la respuesta sea aquiescente con lo solicitado, sino el respeto por el ejercicio del derecho fundamental de petición, es decir, se debe emitir una respuesta clara, precisa, congruente, de fondo, sin que ello signifique necesariamente acceder a lo pretendido[35]. Debe recordarse que es diferente el derecho de petición al derecho a lo pedido: “el derecho de petición se ejerce y agota en la solicitud y la respuesta. No se decide propiamente sobre él [materia de la petición], en cambio si se decide por ejemplo sobre el reconocimiento o no del derecho subjetivo invocado (...)”[36]. Es decir, la entidad o particular al que se dirija la solicitud está en la obligación de resolver de fondo la solicitud, lo que no significa que deba acceder necesariamente a las pretensiones que se le realicen.

Bajo este entendido, en la Sentencia T-099 de 2014, reiterada en la T-154 de 2017 se señaló que:

“Así, se ha advertido que se satisface este derecho cuando se emiten y reciben respuestas que abarcan en forma sustancial y resuelven, en lo procedente, la materia objeto de solicitud, independientemente del sentido, de manera que no puede entenderse vulnerado el derecho simplemente porque la contestación dada al peticionario dentro de los términos dispuestos sea negativa, pues si efectivamente atiende de fondo el asunto inquirido, se ha satisfecho tal derecho de petición.” (Negrillas fuera de texto)

En cualquier caso, tal y como se señaló en la Sentencia T-888 de 2014, para responder una petición no basta con señalarle al solicitante las dificultades en la administración de la información requerida, “para dar respuesta de fondo al asunto, la administración no puede trasladar al peticionario las fallas o deficiencias en el manejo de la información solicitada”, consideración que tiene mayor relevancia cuando se encuentran amenazados o vulnerados otros derechos fundamentales.

5. El derecho fundamental de petición y su relación con el acceso a la historia clínica, la obligación de organización, manejo y custodia, el derecho fundamental de habeas data, acceso a la información y a la seguridad social. Reiteración de jurisprudencia

El derecho fundamental de petición tiene carácter instrumental, pues por su conducto “se busca garantizar la efectividad de otros derechos constitucionales”[37], entre estos, el derecho de acceso a la información y a documentación pública o privada[38] (salvo reserva legal[39]) -artículos 15, 20 y 54 CP-, como sucede con la historia clínica.

La historia clínica es un documento privado, de obligatorio diligenciamiento para el cuerpo de salud, contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurados de manera ordenada, detallada y cronológica. Su acceso, según el artículo 34 de la Ley 23 de 1981, “(p)or la cual se dictan normas en materia de ética médica”, es reservado y, por consiguiente, puede ser conocido únicamente por su titular[40] y, excepcionalmente, por terceros -en los casos previstos por la ley o previa autorización del usuario-.[41] Por ende, este documento constituye prueba idónea sobre los tratamientos médicos recibidos por el usuario[42], al punto que se ha descrito como “el único archivo o banco de datos donde legítimamente reposan, todas las evaluaciones, pruebas, intervenciones y diagnósticos realizados al paciente”[43].

A continuación se hace énfasis en la organización, manejo y custodia de la historia clínica y

en algunos lineamientos jurisprudenciales sobre el acceso este documento para sus titulares a través del ejercicio del derecho fundamental de petición

5.1. Organización, manejo y custodia de la historia clínica

El Ministerio de Salud mediante la Resolución 1995 de 1999, “(p)or la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica” advirtió que este es un documento cuyas “características básicas” son la integralidad, secuencialidad, racionalidad científica, oportunidad en el diligenciamiento y disponibilidad, característica esta última que implica “la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la ley” (artículo 3º). En relación con su organización y manejo se determinó que “(t)odos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico” (artículo 12). La retención y conservación se estableció por un periodo mínimo de 20 años contados a partir de la fecha de la última atención, término que, posteriormente, se disminuyó a 15 años[44].

Particularmente, respecto a la custodia (artículo 13), se determinó que esta es una obligación a cargo del prestador del servicio de salud que generó la historia clínica, entidad que “podrá entregar copia (...) al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite”. En este sentido, se establecieron tres hipótesis que se pueden presentar en la custodia de este documento:

(i) Traslado entre prestadores de servicios de salud, caso en el cual “debe dejarse constancia en las actas de entrega o de devolución, suscritas por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia”;

(iii) Liquidación de una Institución Prestadora de Servicios de Salud, caso en el cual “la historia clínica se deberá entregar al usuario o a su representante legal. Ante la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa designará a cargo de quien estará la custodia de la historia clínica, hasta por el término de conservación previsto legalmente. Este hecho se comunicará por escrito a la Dirección Seccional, Distrital o Local de Salud competente, la cual deberá guardar archivo de estas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica”.

La Resolución 1995 de 1999 fue modificada por la Resolución 1715 de 2005, por medio de la cual se precisó que, “en caso de liquidación de una entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, esta entidad deberá entregar al usuario o a su representante legal la correspondiente historia clínica”. Igualmente se advirtió que “las historias clínicas no reclamadas, cuya última atención se hubiere practicado en un plazo inferior a los diez (10) años señalados en el inciso segundo de este párrafo, serán remitidas a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario”. En el mismo sentido se estableció que “(a)nte la imposibilidad de su entrega al usuario o a su representante legal, el liquidador de la empresa levantará un acta con los datos de quienes no recogieron dichos documentos, y procederá a destruir las historias clínicas no reclamadas en las cuales la última atención o tratamiento se hubiere practicado en un término igual o superior a los diez (10) años anteriores, contados en la fecha en la que se cumpla el plazo previsto en el inciso anterior.// Para adelantar la destrucción se levantará un acta (...), documento que será remitido a la Dirección Seccional, Distrital o Local de Salud competente y a la Superintendencia Nacional de Salud, entidades que la conservarán, con el fin de informar al usuario o a la autoridad que lo solicite, el destino de la historia clínica.”

Sin embargo, alrededor de 2 años después, esta Resolución fue derogada por la Resolución 0058 del 15 de enero de 2007.

Posteriormente, disposiciones similares se reiteraron en el Decreto Ley 019 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la Administración Pública”, reiteró que en caso de liquidación la entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud responsable de la custodia y conservación de las historias clínicas, debe entregar la historia clínica al usuario o a su representante legal y precisó que ante la imposibilidad de ello, el liquidador de la empresa debe levantar un acta con los datos de quien no recogió dicho documentos, y “remitirlo a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario, con copia a la dirección seccional, distrital o local de salud competente, la cual deberá guardar archivo de estas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica. // La Entidad Promotora de Salud que reciba la historia clínica la conservará hasta por el término previsto legalmente”.

Estas mismas disposiciones se reiteraron en la Resolución 839 de 2017, en la cual se advirtió, de manera específica, que esta norma resulta aplicable a los Patrimonios Autónomos de Remanentes “que hayan recibido y tengan bajo su custodia historias clínicas como consecuencia de proceso de liquidación o cierre definitivo de una entidad prestadora del servicio de salud”. Se reiteró que, en caso de liquidación, ante la posibilidad de entrega de la historia clínica al usuario, la entidad perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud, “el liquidador de la empresa o el profesional independiente, levantará un acta con los datos de quienes no las recogieron y procederá a remitirla junto con las historias clínicas, a la Entidad Promotora de Salud a la que se encuentre afiliado el usuario. Copia del acta se remitirá a la Superintendencia Nacional de Salud para lo de su competencia. Igualmente se remitirá copia de dicha acta a la entidad departamental o distrital de salud correspondiente, quien deberá conservarla en su archivo a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de qué Entidad Promotora de Salud se encuentra la historia clínica” (Resaltado propio).

Cabe destacar, por ser de relevancia para el caso concreto, que las entidades prestadoras del servicio de salud, IPS o EPS pueden estar encargados de la custodia y conservación de las historias clínicas, puesto que, si bien en principio el diligenciamiento y custodia de la historia clínica corresponde a las entidades prestadoras del servicio de salud directamente, lo cierto es que ante su liquidación, se pueden remitir a la última EPS a la que estuvo afiliado el usuario. Tal y como se estableció en la Resolución 1715 de 2005, vigente hasta el 15 de enero de 2007, cuando se derogó en la Resolución 0058 de 2007 y, posteriormente, fue establecido, nuevamente en el vigente Decreto Ley 019 de 2012.

5.2. Acceso a la historia clínica para sus titulares a través del ejercicio del derecho fundamental de Petición y su relación con los derechos fundamentales de habeas data y de acceso a la información

Conforme se enunció, la historia clínica es un documento contentivo de todos los datos sobre la salud física y psíquica del paciente, estructurado de manera ordenada, detallada y cronológica. En consecuencia, acceder a este documento implica la posibilidad de conocer información privada contenida en una base de datos y, por consiguiente, la jurisprudencia constitucional ha relacionado el derecho de acceder a este documento con el derecho fundamental de Habeas Data (artículo 15 CP) y de acceso a información privada (artículo 20

CP).

El derecho fundamental al habeas data se encuentra regulado en la Ley 1581 de 2012, “por la cual se dictan disposiciones generales para la protección de datos personales”, se define como una garantía constitucional que “permite a las personas naturales y jurídicas conocer, actualizar y rectificar la información que sobre ellas se haya recogido en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas”[45] (resaltado propio). Este derecho “implica deberes de conservación documental a cargo de las entidades que custodian y administran la información contenida en archivos y bases de datos, necesaria para acceder al goce efectivo de otros derechos fundamentales”[46]. Por ejemplo, la información médica “contenida en archivos y bases de datos, son la fuente primaria para determinar el acceso o el alcance de ciertos derechos o el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de derechos y prestaciones sociales.”[47] El derecho a la información implica, entre otros, la posibilidad de acceder a datos consignados en documentos privados, como sucede con la historia clínica.

En esta línea, la Corte Constitucional por medio de la Sentencia T-443 de 1994[48], señaló que “(c)onsustancial al derecho de información mínima vital es el deber de mantener un archivo de la información que permita a los pacientes acceder todas las circunstancias relacionadas con la intervención médica, ya que su conocimiento es condición necesaria para la efectividad de otros derechos fundamentales. (...) La vulneración o amenaza del derecho a conocer una información personal puede presentarse, entonces, por la deficiente organización, conservación o custodia de los archivos de las entidades de salud”.

Posteriormente, con base en esta providencia, a través de la Sentencia T-275 de 2005[49], esta Corporación hizo referencia a la relación entre los derechos fundamentales de petición, el acceso a la información y de salud, en aquellos casos en que se solicite la copia de la historia clínica. Al efecto se determinó, que “la omisión consistente en no entregar una determinada documentación relacionada con la prestación del servicio de salud, vulnera el derecho de toda persona a conocer la información recogida sobre ella en los archivos y bancos de datos de las entidades privadas”. Tras lo cual se determinó que “al no permitir al paciente acceder a su historia clínica, se viola el derecho de petición, e indirectamente el derecho a la salud del peticionario (...)”.[50]

En relación con el derecho al habeas data se señaló que en la historia clínica se consignan datos de naturaleza médica relacionados con el derecho a la salud, lo que se explicó en los siguientes términos:

“El titular del derecho fundamental al habeas data goza del derecho a acceder al conocimiento de la información recogida sobre él en bancos de datos o archivos, controlar razonablemente su transmisión, limitar el período de tiempo en el que puede conservarse, definir los objetivos para los que puede ser utilizada, actualizar su vigencia o rectificar su contenido. Por su parte, las entidades que recogen información personal están obligadas a ponerla a disposición de sus titulares, actualizarla y rectificarla, cuando consideren que razonablemente deben hacerlo. // (...) “El habeas data no es otra cosa que el derecho que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas[51].” // (...) Esta Corporación ha señalado anteriormente la relevancia constitucional del manejo de información vital en desarrollo de las relaciones contractuales, regla que puede ser aplicable a la relación existente entre la entidad que presta un servicio público y los usuarios del mismo”[52].

Seguidamente, por medio de la Sentencia T-918 de 2007[53], esta Corte estableció, de cara al caso concreto, que “el ISS- Seccional Atlántico vulneró el derecho de petición de la demandante, tanto por la tardanza en dar respuesta de fondo a la solicitud, como por el hecho de que ésta fue incompleta. Aun cuando la Resolución No. 1995 de 1999 del Ministerio de salud, establece que la historia clínica “es un documento privado, obligatorio y sometido a reserva”[54] para la Sala Segunda de Revisión, la reserva de la información que reposa en la historia clínica no exoneraba al ISS – Seccional Atlántico de llevar dicha historia de manera completa ni de verificar que la información que entregaba a la peticionaria fuera congruente con lo solicitado por ella”. [55](Negrilla fuera de texto).

A continuación, en la Sentencia T-232 de 2009[56] se estudió un caso en el que si bien se respondió la petición presentada por la demandante, lo cierto es que se le negó el acceso a información perteneciente a la historia clínica, bajo el argumento de que se requería previa orden judicial. Esta Corporación advirtió que la orden judicial en la que se excusó la entidad accionada no era un requisito contemplado en la ley y, en consecuencia, se declaró vulnerado no solo el derecho fundamental de Petición sino también a la salud: “En el caso

que se examina, la accionante manifestó en el derecho de petición interpuesto ante el accionado, que la solicitud de las copias de las fotografías de la intervención eran necesarias para “iniciar un proceso por medio del cual se me reconozcan los daños y perjuicios que la EPS COMEVA me ha causado”. Lo anterior, implica que la negativa (...) impide también el acceso a la justicia de la reclamante, al no poder obtener la información necesaria para interponer una eventual acción judicial que le permita reclamar los daños y perjuicios a los que la accionante afirma tiene derecho.”

A través de la Sentencia T-212 de 2015[57] se señaló que:

“(…) existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante.” El cual se deriva de la prohibición de “(…) impedir sin justa causa el goce efectivo de los derechos fundamentales o de tornar imposible dicho goce. Por tanto, si determinada información resulta decisiva para una persona, quien administra o custodia un archivo o una base de datos, adquiere la calidad de garante de dicha información.”[58] (...) En ese sentido, este Tribunal ha sido enfático en resaltar la importancia de dicha protección, por ejemplo, en tratándose de expedientes extraviados o documentos, indicando que cuando ello ocurra se debe procurar por su recuperación de manera pronta, para evitar el atropello de prerrogativas fundamentales como el acceso a la administración de justicia. Similar suerte corre entonces la historia clínica, pues en aquellos casos en los que se requiere con urgencia para poder consolidar un derecho fundamental como ocurre con quienes solicitan el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, habida cuenta que (...), para que se valore la merma en la capacidad física de una persona se debe partir, indefectiblemente del reporte médico que tal documento contiene. Por tanto, con su pérdida se consolida la vulneración de derechos de raigambre fundamental como la seguridad social, la salud, el mínimo vital y la vida en condiciones dignas, luego es importante que la entidad encargada de su archivo, cuidado y manejo, procure su recuperación o reconstrucción de manera pronta, evitando todo tipo de dilación injustificada en detrimento de los derechos del afiliado y, por ende, no se le puede imponer tal tarea pues implica adjudicarle una carga que es propia de la entidad responsable de la información”. (Subrayas y negrillas propios)

Siguiendo el contenido de la Resolución 1995 de 1999, el Consejo de Estado, en Sentencia del 23 de febrero de 2011[59], estudió el caso de una persona quien solicitó la copia de su

historia clínica al Ejército Nacional, a lo cual respondió la Dirección Naval informando que “los documentos solicitados no reposan en esa dependencia por lo que no fue posible expedir las copias, más aún si éstas se encuentran bajo la custodia del archivo de historias clínicas de los Establecimientos de Sanidad donde el accionante recibió atención médica”.

El Alto Tribunal advirtió que a pesar de que se contestó la petición “la respuesta no resolvió de fondo lo pedido y en consecuencia no puede existir carencia actual de objeto por hecho superado” (Resalta la Sala), al respecto, explicó que la Resolución 1995 de 1999, expedida por el Ministerio de Salud permite concluir que es responsabilidad de los prestadores del servicio de salud tener un archivo único de las historias clínicas de todos los usuarios, el cual tiene como finalidad recopilar toda la información del estado de salud de los pacientes, con el objeto de poder brindar información oportuna de las mismas cuando así se requiera. En este orden de ideas, el Consejo de Estado determinó que existían razones suficientes para concluir que en el caso sub lite se vulneró el derecho fundamental de Petición del actor, en el entendido de que la respuesta dada a la solicitud contiene fórmulas evasivas o elusivas que no resuelven en nada lo pretendido por el petente.

5.3. Conclusiones

- Cuando un usuario del SSSS requiera copia de la historia clínica, la entidad a cargo de su cuidado debe responder de fondo, clara, precisa, congruente y consecuentemente con la solicitud, sin poderse excusar en argumentos superfluos y carentes de sustento legal y, en caso de extravío del documento, son las entidades encargadas de su cuidado y no el usuario quien tiene la obligación de adelantar las gestiones pertinentes para establecer con certeza la ubicación[61].

- Es decir, se debe garantizar la disponibilidad de la historia clínica para su titular (Resolución 1999 de 1995, artículo 3º, inciso 5º), por ende, tras la presentación de una solicitud, la respuesta que no atienda a los parámetros constitucionales y legales, no solo puede implicar la vulneración del derecho fundamental de Petición sino también en la transgresión de otros derechos fundamentales cuya garantía dependan de la documentación requerida, como la salud, el habeas data, el acceso a la información, la seguridad social o el acceso a la administración de justicia (cuando se requiera ese

documento como pieza procesal).

- Igualmente, el usuario tiene derecho a conocer en los archivos de qué entidad reposa la historia clínica. Por ende, es deber de las entidades encargadas de la organización, conservación y custodia de la historia clínica garantizar el acceso a estos por parte de sus titulares. En caso de traslado de este documento o la liquidación de una entidad prestadora del servicio de salud deben adelantar los registros procedentes.

- En consecuencia, las entidades encargadas de la custodia de las historias clínicas deben tener certeza del lugar de ubicación de los mencionados documentos, tal y como sucede con los Patrimonios Autónomos de Remanentes que hayan recibido y tengan bajo su custodia historias clínicas como consecuencia de procesos de liquidación o cierre definitivo de servicios de salud.

IV. Análisis constitucional del caso concreto

El señor Robert Alberto Portilla Romo requiere acceder a su historia clínica registrada, según advierte, en el extinto Instituto de Seguros Sociales, en procura de que, con base en esta, se pueda definir la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y, con ello, solicitar el reconocimiento de la pensión de invalidez.

El 15 de mayo de 2017 solicitó la copia de este documento al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A., entidad que mediante Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, manifestó que “dentro del acervo documental recibido no existe historia a nombre de Robert Alberto Portilla identificado con CC No. 80.368.447 de la atención recibida en la extinta Clínica San Pedro Claver”. Igualmente, se puso de presente que el 31 de marzo de 2015 se produjo el cierre definitivo del Instituto de Seguros Sociales, sin embargo, esa empresa -antes de su cierre- celebró contrato de fiducia mercantil con la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A.[62] (FIDUAGRARIA S.A) con la que se constituyó el fideicomiso Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS. Sin embargo, ni FIDUAGRARIA S.A., ni el P.A.R.I.S.S. son continuadores del proceso de liquidación del ISS, ni tampoco sucesores procesales o subrogatorios de la extinta entidad.

Al proceso constitucional también fue vinculada la Nueva EPS, esta entidad advirtió que el

accionante ante esta no ha presentado ninguna solicitud y, por ende, no se le puede acusar de la vulneración del derecho fundamental de petición. Igualmente, precisó que desde el 1º de agosto de 2008 esta empresa asumió la prestación del servicio de salud de los afiliados al régimen contributivo, que “a dicha fecha” tuviera la EPS del Instituto de Seguros Sociales. No obstante, de acuerdo con el área de dirección de operaciones de esta entidad, el demandante “no migró en la base del Instituto de Seguro Social EPS en el momento de traslado a prevención efectuado el 1º de agosto de 2008”. Lo anterior, por cuanto el demandante está activo en la EPS Cruz Blanca (régimen contributivo) desde el 1º de marzo de 2007, es decir, antes del traslado de los usuarios.

En virtud del artículo 23 de la Constitución Política y 13 de la Ley 1437 de 2011, el accionante, en ejercicio del derecho fundamental de petición, tenía derecho a solicitar la copia de su historia clínica ante el Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales y a obtener pronta respuesta, la cual debía ser de fondo y cumplir con los requisitos de claridad, precisión, especificidad y consecuencia. Lo anterior, por cuanto el escrito mediante el cual realizó la solicitud fue respetuoso, presentado en procura del acceso a la copia de su historia clínica, documento que si bien en principio está sometido a reserva, lo cierto es que fue solicitado por su titular, cumpliéndose con la exigencia del parágrafo único del artículo 24 de la Ley 1437 de 2011.

El Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales[63], administrado por FIDUAGRARIA S.A., al igual que cualquier otra empresa ante quien se presente un derecho de petición para garantizar otros derechos fundamentales, como el habeas data y el acceso a la información, tenía la obligación de responder de fondo la solicitud presentada[64]. Sin embargo, esta entidad, a pesar de que le dio trámite a la petición, dentro de los 10 días hábiles siguientes a su presentación, lo cierto es que, en consideración de esta Sala, el Oficio de Salida No. 201706308 del 31 de mayo de 2017, no constituye una respuesta de fondo, clara, precisa, congruente ni consecuente.

El usuario del sistema de salud tiene derecho a que se le garantice la disponibilidad de la historia clínica y, por ende, a saber en los archivos de cuál entidad reposa. En concordancia, la Resolución 1995 de 1999 estableció el procedimiento que se debe desarrollar para la custodia de este documento en caso de traslado de EPS y de liquidación de las entidades prestadoras del servicio de salud, entre otros. En relación con el traslado se especificó que

se debe dejar constancia de ello en los correspondientes registros de entrega o devolución, suscritos por los funcionarios responsables de las entidades encargadas de su custodia. Respecto de la liquidación, se estableció que la “institución prestadora de servicios de salud” debe entregar al usuario o a su representante legal el documento y, ante la imposibilidad de ello, el liquidador debe designar a cargo de quien está la custodia, hecho que se debe comunicar a la Dirección Seccional, Distrital o Local de Salud competente “la cual deberá guardar archivo de esas comunicaciones a fin de informar al usuario o a la autoridad competente, bajo la custodia de quien se encuentra la historia clínica”.

Esta última disposición se ha reiterado en relación con la liquidación de las entidades pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social de Salud. Así, en el Decreto 019 de 2012 se advirtió que se debe entregar la copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal y, ante la imposibilidad de ello, el liquidador de la empresa debe levantar un acta con los datos de quien no recogió dicho documento y “remitirlo a la última Entidad Promotora de Salud en la cual se encuentre afiliado el usuario, con copia a la dirección seccional, distrital o local de salud competente”. Igualmente, en la Resolución 839 de 2017 se estableció esta obligación y se adicionó que, además de remitir lo dicho a la dirección seccional, distrital o local de salud competente, se debe remitir también a la Superintendencia Nacional de Salud.

De lo anterior se advierte que es deber de las entidades encargadas de la organización, conservación y custodia de la historia clínica, garantizar el acceso a este documento por parte de sus titulares. En caso de traslado de este documento o la liquidación de una entidad prestadora del servicio de salud, se deben adelantar los registros procedentes y el procedimiento administrativo pertinente. En consecuencia, las entidades encargadas de la custodia de las historias clínicas, deben tener certeza del lugar de ubicación de los mencionados documentos, obligación que no es ajena a los Patrimonios Autónomos de Remanentes cuando hayan recibido y tengan bajo su custodia historias clínicas como consecuencia de procesos de liquidación o cierre definitivo de servicios de salud. Igualmente cabe destacar, conforme se estudió en las consideraciones, que las EPS pueden encargarse la conservación y custodia cuando, por ejemplo, se ha surtido un proceso de liquidación y la historia clínica no se pudo entregar al paciente o a su representante legal[65].

Así las cosas, al Patrimonio Autónomo de Remanente del Instituto de Seguros Sociales para responder la petición de fondo, clara, precisa, congruente y consecuente, no le bastaba con señalarle al peticionario la situación legal de la entidad y la exoneración de responsabilidad por el cierre definitivo del Instituto de Seguros Sociales, sino, al menos, determinar si esta tuvo o no conocimiento del traslado previo de la historia clínica del accionante o si esa entidad recibió y tuvo o no bajo su custodia la historia clínica del demandante y, de ser así, el procedimiento de custodia (en caso de que haya procedido de conformidad[66]) o, como mínimo, remitir la petición a la autoridad que considere competente[67]. Se recuerda que la respuesta a una solicitud, puede implicar suministrar “información adicional relacionada con los intereses del peticionario, pues eventualmente ésta puede significar una aclaración plena de la respuesta dada”[68].

En este sentido, se advierte que de acuerdo con el contrato de fiducia 015 de marzo de 2015, ya mencionado, “la finalidad del patrimonio autónomo de remanentes -PAR- es la administración y enajenación de los activos que le sean transferidos; la administración conservación, custodia y transferencia de los archivos, la atención de las obligaciones remanentes y contingentes, así como la atención y gestión de los procesos judiciales, arbitrales o reclamaciones en curso al momento de la terminación del proceso liquidatorio y, además, asumir y ejecutar las demás obligaciones remanentes a cargo del Instituto de Seguros Sociales en Liquidación al cierre del proceso liquidatorio, que se indican en los términos de referencia y en el presente contrato de fiducia mercantil o en la ley”. (Resaltado propio).

Sin embargo, la entidad accionada, lejos de cumplir las funciones que le corresponden y responder de fondo la peritación presentada con su respuesta trasladó las deficiencias en el manejo de la información solicitada al accionante[69], pues se restringió a señalar que no tenía entre sus documentos la historia clínica y que, en cualquier caso, esta entidad no es continuadora del proceso liquidatorio del ISS, ni tampoco sucesora procesal o subrogatoria de la extinta entidad. Contestación que resulta elusiva, no es pertinente, ni de fondo, y por consiguiente, resulta lesiva del núcleo esencial del derecho fundamental de petición, con mayor razón si se tiene en cuenta que se solicitaba la historia clínica del demandante, documento que requiere para que se determine la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y poder acceder, eventualmente, a su pensión de invalidez.

Así las cosas, la respuesta no es clara, al contrario de ser inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión, la empresa puso en conocimiento del ciudadano el recuento jurídico de la situación legal de la entidad y no explicó de manera siquiera sumaria el motivo por el cual el cierre del Instituto de Seguros Sociales implica que el Patrimonio Autónomo de Remanentes no tenga entre sus archivos el mencionado documento. No es precisa, puesto que se concentra en información impertinente y en formulas evasivas. Se extendió información sobre el marco jurídico y las etapas cronológicas del proceso de liquidación del Instituto de Seguros Sociales y no el manejo dado a las historias clínicas, en caso de que se hubiera dado y en caso de que no, el motivo por el cual no se procedió de tal manera. No es congruente, ya que se pone de manifiesto el proceso de liquidación y cierre de la mencionada entidad y no hace alusión mínima al tratamiento de las historias clínicas, la cual es la materia objeto de petición. Carece de consecuencialidad, en razón a que no se indicó el trámite surtido respecto de estos documentos a pesar de que esta entidad estaba en condición de al menos informar y orientar al peticionario sobre el trámite adelantado respecto de su historia clínica o de manifestar por qué motivo no resultaba posible suministrar tal información[70].

Lo dicho, como se afirmó, no solo resulta lesivo del derecho fundamental de petición, puesto que cuando a una persona no se le garantiza la disponibilidad de su historia clínica, además de evidenciarse el incumplimiento de los deberes de custodia y manejo de este documento, se incurre en la vulneración de los derechos fundamentales de habeas data, de acceso a la información e, incluso de seguridad social. Tal y como ocurre en el presente caso, puesto que al accionante no se le ha permitido acceder a su historia clínica ni se le ha dado información siquiera sumaria de su lugar de ubicación, a pesar de que requiere este documento para que se califique la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral y, de esa manera, iniciar el trámite para el reconocimiento de la pensión de invalidez.

En este sentido, se recuerda que “(...) existe un deber constitucional de administrar correctamente y de proteger los archivos y bases de datos que contengan información personal o socialmente relevante.” El cual se deriva de la prohibición de “(...) impedir sin justa causa el goce efectivo de los derechos fundamentales o de tornar imposible dicho goce. Por tanto, si determinada información resulta decisiva para una persona, quien administra o custodia un archivo o una base de datos, adquiere la calidad de garante de

dicha información.”[71] (...) En ese sentido, este Tribunal ha sido enfático en resaltar la importancia de dicha protección, por ejemplo, en tratándose de expedientes extraviados o documentos, indicando que cuando ello ocurra se debe procurar por su recuperación de manera pronta, para evitar el atropello de prerrogativas fundamentales como el acceso a la administración de justicia. Similar suerte corre entonces la historia clínica, pues en aquellos casos en los que se requiere con urgencia para poder consolidar un derecho fundamental como ocurre con quienes solicitan el reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, habida cuenta que (...), para que se valore la merma en la capacidad física de una persona se debe partir, indefectiblemente del reporte médico que tal documento contiene. Por tanto, con su pérdida se consolida la vulneración de derechos de raigambre fundamental como la seguridad social, la salud, el mínimo vital y la vida en condiciones dignas, luego es importante que la entidad encargada de su archivo, cuidado y manejo, procure su recuperación o reconstrucción de manera pronta, evitando todo tipo de dilación injustificada en detrimento de los derechos del afiliado y, por ende, no se le puede imponer tal tarea pues implica adjudicarle una carga que es propia de la entidad responsable de la información”[72]. (Subrayas y negrillas de la Sala)

En consecuencia, lejos de poder determinar que existe carencia actual de objeto por hecho superado, como lo hizo el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, mediante el fallo del 25 de julio de 2017, objeto de revisión, se evidencia que la entidad accionada incurrió en la vulneración de los derechos fundamentales de petición, de habeas data, de acceso a la información y a la seguridad social del accionante, pues hasta el momento no ha emitido respuesta de fondo, clara, congruente y precisa a la petición presentada por este en procura de acceder a su historia clínica. Por consiguiente, se ordenará al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A., responder de fondo la petición presentada por el señor Robert Alberto Portilla Romo presentada el 15 de mayo de 2017, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia. Respuesta en la cual se deben seguir las consideraciones de esta providencia y, en esa medida, debe responder de manera clara, precisa, congruente y consecuente a lo solicitado. Adicionalmente, se deberá tener en cuenta que, primero, en caso de que la historia clínica del accionante esté en los archivos de la entidad, se le deberá entregar inmediatamente; segundo, si este documento se hubiese extraviado en el proceso de liquidación, se deberá iniciar inmediatamente las gestiones tendientes a la recuperación o reconstrucción de mismo y, tercero, en caso de

que la historia clínica se haya trasladado a otra entidad o se pueda establecer cuál es la entidad competente para responder la petición, se deberá remitir, en el término de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, la petición presentada por el accionante a la entidad correspondiente.

VI. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales de petición, habeas data, acceso a la información y seguridad social del señor Robert Alberto Portilla Romo y, en consecuencia, REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado 16 Penal del Circuito de Conocimiento de Bogotá, el 25 de julio de 2017, mediante la cual se declaró la carencia actual de objeto por hecho superado.

SEGUNDO.- ORDENAR al Patrimonio Autónomo de Remanentes del Instituto de Seguros Sociales, administrado por FIDUAGRARIA S.A., responder de fondo la petición presentada por el señor Robert Alberto Portilla Romo presentada el 15 de mayo de 2017, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta Sentencia. Respuesta en la cual se deben seguir las consideraciones de esta providencia y, en esa medida, debe dar respuesta de manera clara, precisa, congruente y consecuente a lo solicitado. Adicionalmente, se deberá tener en cuenta que, primero, en caso de que la historia clínica del accionante esté en los archivos de la entidad, se le deberá entregar inmediatamente; segundo, si este documento se hubiese extraviado en el proceso de liquidación, se deberá iniciar inmediatamente las gestiones tendientes a la recuperación o reconstrucción del mismo; y, tercero, en caso de que la historia clínica se haya trasladado a otra entidad o se pueda establecer cuál es la entidad competente para responder la petición, se deberá remitir, en el término de tres (3) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, la petición presentada por el accionante a la entidad correspondiente.

TERCERO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Entidad que actúa exclusivamente como administrador y vocero del fideicomiso, según contrato de fiducia No. 015 de 2015 del 31 de marzo de 2015.

[2] FIDUAGRARIA actúa exclusivamente como administrador y vocero del fideicomiso, según contrato de fiducia No. 015 de 2015 del 31 de marzo de 2015.

[3] Según se advierte, con fundamento jurídico en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

[4] Entidad que actúa exclusivamente como administrador y vocero del fideicomiso, según contrato de fiducia No. 015 de 2015 del 31 de marzo de 2015.

[5] SU-377 de 2014.

[6] SU-377 de 2014, lo dicho en lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en la cual se determinó lo siguiente: “[...] que sea autónomo el patrimonio que se integra a propósito de la constitución de una fiducia mercantil -como igual puede ocurrir con otras especies del mismo-, y que no tenga personalidad jurídica, no significa a su vez que no está al frente de él ninguna persona que intervenga y afronte justamente las relaciones jurídicas que demanda el cumplimiento de la finalidad prevista por el constituyente. A ese

respecto, no puede pasarse por alto que por tal fiducia “se transfiere uno o más bienes especificados a otra, llamada fiduciario”, y que “solamente los establecimientos y las sociedades fiduciarias, especialmente autorizados por la Superintendencia Bancaria pueden tener la calidad de fiduciarios (artículo 1226 C. Co.), lo cual significa, ni más ni menos, que quien como persona jurídica ostenta esa calidad, es quien se expresa en todo lo que concierne con el patrimonio autónomo, al cual, desde esa perspectiva, no le falta entonces un sujeto titular del mismo así lo sea de un modo muy peculiar.”

[7] con fundamento en lo dispuesto en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

[8] Sentencia T-308 de 2016.

[9] Sentencia T-343 de 2008.

[10] Entidad que actúa exclusivamente como administrador y vocero del fideicomiso, según contrato de fiducia No. 015 de 2015 del 31 de marzo de 2015.

[11] En los términos del artículo 32 de la Ley 1437 de 2011

[12] Cuando frente a ellas el solicitante se encuentre en situaciones de indefensión, subordinación o la persona natural esté ejerciendo función o posición dominante respecto a este. Ley 1437 de 2011, artículo 32, parágrafo 1º.

[13] Constitución política, artículo 23, Ley 1755 de 2015, artículo 1, inciso 1º.

[14] Por medio de la cual se regula el Derecho Fundamental de Petición y se sustituye un título del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

[15] Ley 1437 de 2011, artículo 13º, inciso 2º.

[16] Ley 1437 de 2011, artículo 13, inciso 3º.

[17] Su contenido comprende: 1 La designación de la autoridad u organización privada a la que se dirige; 2. los nombres y apellidos del solicitante y de su representante y o apoderado, si es el caso, con indicación de su documento de identidad y de la dirección donde recibirá correspondencia; 3. El objeto de la petición; 4. Las razones en las que

fundamenta su petición; 5. La relación de los documentos que desee presentar para iniciar el trámite; y 6. La firma del peticionario cuando fuere el caso.

[18] Ley 1437 de 2011, artículo 15, inciso 1º.

[19] Se trata de días hábiles. Si bien la norma no lo especifica, en este tipo de casos se ha entendido que se trata de días hábiles en aplicación del artículo 62 de la Ley 4 de 1913 “Régimen político y municipal”: «En los plazos de días que se señalen en las leyes y actos oficiales, se entienden suprimidos los feriados y de vacantes, a menos de expresarse lo contrario. Los de meses y años se computan según el calendario; pero si el último día fuere feriado o de vacante, se extenderá el plazo hasta el primer día hábil

[20] Sentencia T-476 de 2001.

[21] Sentencia T-003 de 2016.

[23] C-818 de 2011, C-951 de 2014, C-007 de 2017.

[24] Sentencia 249 de 2001.

[25] Sentencia T-610 de 2008, reiterada en la C-951 de 2014.

[26] Ver Sentencia T-1160A de 2001 y C-951 de 2014, entre otras.

[27] Ley 1437 de 2011, artículo 15.

[28] Sentencia C-951 de 2014

[29] Sentencias T-709 de 2006 y T-013 de 2008. En similar sentido T-149 de 2013, cita en la Sentencia C-951 de 2014.

[30] Sentencia T-734 de 2010.

[31] Sentencia T-439 de 1998 y T-080 de 2000.

[32] T-155 de 2017.

[33] Ver, entre muchas, las sentencias: T-460 de 2006 y T-1160 de 2005; T-295 y T-147 de

2006; T-134 de 2006; T-1130 y T-917 de 2005, T-814 de 2005, T-352 de 2005; T-327 de 2005. Cita en C-951 de 2014.

[34] T-650 de 2016.

[35] Sentencia C-951 de 2014.

[36] Sentencias T-242 de 1993, C-510 de 2004 y C-951 de 2014.

[37] Sentencia C-007 de 2017

[38] Sentencia T-180 de 2015.

[39] Constitución política, artículo 74.

[40] Ley 1755 e 2015, artículo 24, numeral 3º.

[41] Ley 23 de 1981, artículo 34, se define a la historia clínica como aquel documento en el cual consta “el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la Ley”.

[42] Sentencia T-212 de 2014 y T-408 de 2014.

[43] Sentencia T-275 de 2005.

[44] Resolución 839 del 2017.

[45] T-811 de 2010.

[46] T-198 de 2015.

[47] T-198 de 2015.

[48] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[49] MP. Humberto Antonio Sierra Porto.

[50] En la misma providencia, se señaló que, incluso, con el no acceso a la historia clínica se puede incurrir en la vulneración del derecho fundamental al habeas data por cuanto en este documento “se consignan datos de naturaleza médica relacionados con el derecho a la salud. // El titular del derecho fundamental al habeas data goza del derecho a acceder al conocimiento de la información recogida sobre él en bancos de datos o archivos, controlar razonablemente su transmisión, limitar el período de tiempo en el que puede conservarse, definir los objetivos para los que puede ser utilizada, actualizar su vigencia o rectificar su contenido. Por su parte, las entidades que recogen información personal están obligadas a ponerla a disposición de sus titulares, actualizarla y rectificarla, cuando consideren que razonablemente deben hacerlo”.

[51] Sentencia T-008 de 1993.

[52] Ver entre otras las Sentencias T-443 de 1994 y T-158 de 1994.

[53] MP. Manuel José Cepeda Espinosa

[54] Ministerio de Salud, Resolución 1995 de 1999, Artículo 1.

[55] Ministerio de Salud, Resolución 1995 de 1999:

“Artículo 12. Obligatoriedad del archivo. Todos los prestadores de servicios de salud, deben tener un archivo único de historias clínicas en las etapas de archivo de gestión, central e histórico, el cual será organizado y prestará los servicios pertinentes guardando los principios generales establecidos en el Acuerdo 07 de 1994, referente al Reglamento General de Archivos, expedido por el Archivo General de la Nación y demás normas que lo modifiquen o adicionen”.

“Artículo 13. Custodia de la historia clínica. La custodia de la historia clínica estará a cargo del prestador de servicios de salud que la generó en el curso de la atención, cumpliendo los procedimientos de archivo señalados en la presente resolución, sin perjuicio de los señalados en otras normas legales vigentes. El prestador podrá entregar copia de la historia clínica al usuario o a su representante legal cuando este lo solicite, para los efectos previstos en las disposiciones legales vigentes”.

[56] MP. Clara Elena Reales Gutiérrez.

[57] MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[58] Sentencia T-227 de 2003.

[59] Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección segunda. Subsección “B”. Consejera ponente: Bertha Lucia Ramírez De Páez. Bogotá, D. C., veintitrés (23) de febrero de dos mil once (2011).

[60] Sentencias T-212 de 2014 y T-408 de 2014.

[61] La Corte Constitucional en la Sentencia T-212 de 2015 estableció que la entidad, en caso de extravío, debe procurar “su recuperación o reconstrucción de manera pronta, evitando todo tipo de dilación injustificada en detrimento de los derechos del afiliado y, por ende, no se le puede imponer tal tarea pues implica adjudicarle una carga que es propia de la entidad responsable de la información”.

[62] Según se advierte, con fundamento jurídico en el artículo 35 del Decreto Ley 254 de 2000, modificado por la Ley 1105 de 2006.

[63] FIDUAGRARIA actúa exclusivamente como administrador y vocero, según contrato de fiducia No. 015 de 2015 del 31 de marzo de 2015.

[64] “Salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el capítulo 1 de este título” (artículo 32 de la Ley 11437 de 2011).

[65] Tal y como se estableció en la Resolución 1715 de 2005, vigente hasta el 15 de enero de 2007, cuando se derogó en la Resolución 0058 de 2007 y, posteriormente su contenido, fue establecido, nuevamente en el vigente Decreto Ley 019 de 2012.

[66] Ver Resolución 1995 de 1999 y Resolución 839 de 2017, Ministerio de Salud y Protección Social.

[67] Se recuerda que en el artículo 32 de la Ley 1437 de 2011 se estableció que salvo norma legal especial, el trámite y resolución de estas peticiones estarán sometidos a los principios y reglas establecidos en el capítulo 1 de este título. Capítulo en el cual se

determinó que Si la autoridad a quien se dirige la petición no es la competente, se informará 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 (artículo 21 de la Ley 1437 de 2011).

[68] Sentencia T-650 de 2016.

[69] Sentencia T-888 de 2014

[70] Se recuerda que la Sentencia T-610 de 2008, reiterada en la C-951 de 2014, estableció que la respuesta a los derechos de petición debe reunir los requisitos resaltados a continuación para que se considere ajustada al texto superior: La respuesta debe ser "(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición elevado dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente"(resaltado propio).

[71] Sentencia T-227 de 2003.

[72] Sentencia T-212 de 2015.