

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS,
PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA**

San Andrés isla, enero veintiséis (26) de dos mil doce (2012).

REFERENCIA: EXP. No. 88-001-33-31-001-2011-00102-01
PROCESO: IMPUGNACIÓN ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: JORGE ELIÉCER VERGARA
ACCIONADO: NUEVA E.P.S

PONENTE Dra. MARTHA VARGAS HERAZO

Procede la Sala de Decisión de esta Corporación a resolver el Recurso de Impugnación de tutela presentado por la **NUEVA E.P.S** en contra del fallo proferido por el Juzgado Único Administrativo de San Andrés Islas fechado el 16 de Diciembre de 2011 que decidió proteger el derecho fundamental a la salud y seguridad social del señor **JORGE ELIÉCER VERGARA**.

1. ANTECEDENTES

Los hechos en que el apoderado judicial de la parte accionante fundamenta la solicitud son, los siguientes:

1. "Mi poderdante señor JORGE ELIÉCER VERGARA, de escasos recursos económicos y cotizante de la NUEVA EPS.
2. La señor(sic) JORGE ELIÉCER VERGARA, sufrió un accidente de trabajo 11 de septiembre del 2009 , fue atendido por el ISS, hoy Nueva EPS y viene siendo incapacitado por los fuertes dolores musculares EN LA MANO DERECHA.
3. Después de estar con constante dolores, traumas, entró por medicina general y fue mandaron donde el Dr. Arocha, en primera medida quien conisero (sic) conveniente y oportuna que fuera atendido por el Dr. Peláez, neurocirujano, porconsiderar (sic) que se necesita una atención mas profunda por esas dolencias, calambres y eso lo ha imposibilitado poder laboral (sic).
4. La NUEVA EPS teniendo conocimiento de toda la historia clínica, por que reposa en sus archivos, estuvo un tiempo sin atención médica, después fue cuando mucho molestia (sic) volvieron a prestarme la atención, por eso la urgencia de las remisiones que solicito el medico desde el 24 de noviembre del 2011.
5. La **Nueva EPS**, entregó un formato de citas en donde establece las citas para ser atendidas en la ciudad de Barranquilla de la siguiente manera;
 1. Electromiografía- 13 de diciembre del 2011- hora 10:30 a.m
 2. Neuroconduccion- 13 diciembre del 2011- hora 2:00 p.m
 3. Fisiatría- 19 de diciembre del 2011- 10:30 a.m.

6. No le han informado por parte de la Nueva EPS sobre la situación de sus gastos de alimentación y transporte, teniendo en cuenta que el Sr. Vergara desde el accidente del 2009, donde su profesión es panadero no a podido laboral para ninguna empresa en la localidad.

7. La Nueva EPS, le informaron a mi poderdante que no le daran para los gastos de alimentación, hospedaje y transporte, sin escuchar y tener en cuenta que el Sr. Se encuentra en un estado de imposibilidad física casi total en ejercer cualquier tipo de actividad para su sostenimiento diario, vive de lo que le dan, además es de tener en cuenta (sic) que por su edad, de 61 años, se encuentra inmerso como un adulto mayor y de protección constitucional, siendo negado totalmente los gastos antes mencionados.

8. En vista que los gastos que genera su estadía en la ciudad de Barranquilla, la cual no conoce y no tiene familiares y ante la falta de compromiso y de seriedad de la **NUEVA EPS** hacia su afiliado, la señor (sic) Vergara ha solicitado encarecidamente que le den para cubrir estos gastos por que si no tiene estos recursos no puede cumplir con la cita que esta programada para el día 13 y 19 de diciembre del 2011 para efectuar las valoraciones que requiere para salvaguardar su salud.

9. De acuerdo a los hechos narrados, podemos comprobar que la NUEVA EPS ha venido violando de manera flagrante no solo los Derechos Fundamentales a la Salud en conexidad con la vida, son también los de los derechos de la madre cabeza de hogar."

En cuanto a los derechos fundamentales señalados como vulnerados se argumenta que al accionante, se le ha truncado el acceso a la Salud y Seguridad Social, ya que para el efectivo tratamiento de su cuadro medico, requiere del traslado a la Ciudad de Barranquilla y su estadía en esta por siete días, alegando que no cuenta con los recursos necesarios para sufragar los costos de traslado ni como los propios de estadía y alimentación.

PRETENSIONES

"1. Que se proteja el Derecho Fundamental a la seguridad social y eventualmente a la salud, que por mandato constitucional (Art. 48 y 49 C.P) le asiste a la señor JORGE ELIÉCER VERGARA, persona vulnerable hallada en circunstancias de debilidad manifiesta, violados por la NUEVA E.P.S Representada legalmente por la Doctora CINDY FRANCO o quien haga sus veces por la deficiente e inoportuna prestación de atención medico asistencial, consistente en la negación de la entrega de los auxilios de GASTOS DE HOSPEDAJE (alimentación, transporte, albergue, etc.) lo anterior con fundamento en lo ordenado por el medico tratante JOSÉ PELÁEZ-neurocirujano, para atender una cita en la ciudad de Barranquilla.

2. Que como consecuencia de la Acción de Tutela del Derecho Fundamental de la afectada, se le ordene al ente tutelado poner fin a tales omisiones, adoptando dentro del termino que establezca su despacho, conducta consistente en: orden de remisión al Instituto de Rehabilitación ISS ABUCHAIBE Ltda. De Barranquilla; tiquetes aéreos y gastos de estadía a nombre de la señor JORGE ELIÉCER VERGARA, con el fin de llevar a cabo los siguientes tratamientos y/o exámenes: Electromiografía en cada extremidad, Neuroconduccion por cada extremidad y consulta especializada por medicina

física y rehabilitación, exámenes que debe llevarse a cabo lo mas pronto posible 8 13 de diciembre y 19 diciembre) para no comprometer mas la muñeca de la mano derecha.

3. Prevenir al ente accionado evitar la repetición de los actos omisivos consistentes en la violación y amenaza del Derecho Fundamental a la vida”.

INTERVENCIÓN DE LA PARTE ACCIONADA

La Nueva E.P.S a través de su coordinadora Zonal para San Andrés Islas, la Señora CINDY JANINE FRANCO ARANGO, al rendir el respectivo informe, argumenta que la presente acción de Tutela se circunscribe dentro del Fenómeno de “Hecho Superado” con relación a la prestación de los servicios médicos determinados por el medico tratante, sin embargo aduce que los gastos de alojamiento, manutención y transporte para el usuario son responsabilidad del mismo, al respecto cita jurisprudencia de la Corte constitucional señalando los requisitos para el pago de traslado interno y viáticos a los usuarios, determinando que no se cumplen los requisitos taxativos de la doctrina constitucional, ya que no se aplican los supuestos de hecho para el caso en estudio.

TRÁMITE PROCESAL

El escrito de tutela fue presentado el día 9 de Diciembre del 2011, correspondiendo su reparto al Juzgado Único Administrativo de San Andrés Islas.

Mediante auto del 12 de Diciembre de 2011 fue admitida y se dispuso su notificación a la NUEVA E.P.S

La Entidad accionada rindió el correspondiente informe, el 14 de Diciembre de 2011.

Mediante providencia del 16 de Diciembre de 2011, el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés resolvió amparar los derechos fundamentales a la Salud y la Seguridad Social, Solicitado por el señor JORGE ELIÉCER VERGARA.

Por escrito presentado el 11 de Enero del año en curso, la coordinadora Zonal de San Andrés Isla de la entidad accionada interpuso recurso de apelación.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez Administrativo al emitir pronunciamiento de fondo, resolvió:

*“PRIMERO: **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud y la seguridad social, solicitado por JORGE ELIÉCER VERGARA, identificado con C.C. No. 13.879.144 de Barrancabermeja.*

SEGUNDO: ORDENAR, a la NUEVA E.P.S , por conducto de su Representante Doctora SINDHI FRANCO y/o quien haga sus veces en la isla de San Andrés, disponer lo necesario para que dentro de las 48 horas siguientes a este fallo disponga los recursos económicos necesarios para los gastos correspondientes, para que se le preste el servicio autorizado en el Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe Limitada, y Clínica General del Norte junto con los gastos de alimentación, albergue y desplazamiento en la ciudad de Barranquilla, autorizando el recobro por el FOSYGA, tal como lo ha determinado la Jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Si el fallo no fuere impugnado, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.”

Como fundamento de su decisión señaló:

“En diferentes circunstancias y frente a casos similares el tribunal de cierre en esta materia ha establecido que “... puede afirmarse que las entidades prestadoras del servicio de salud están en el deber de sufragar los **gastos de transporte y manutención de los pacientes y de sus acompañantes** (negrillas originales), siempre que el traslado, estadía y acompañamiento del paciente se considere indispensable para el acceso al servicio, atendiendo la prescripción del médico tratante, quien para el efecto deberá considerar la edad y las particularidades que así lo indiquen, con los derechos previstos en el artículo 11 de la Resolución 3797 de 2004 del Ministerio de la Protección Social”

... “Como se pudo comprobar, la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas de los sujetos involucrados y la necesidad de un acompañante. En consecuencia, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente; si el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente recobre al FOSYGA por los valores que no este obligada a sufragar”. T-511/08

LA IMPUGNACIÓN

Oportunamente, la entidad accionada, por intermedio de su representante, impugnó la sentencia, de cuya argumentación se resalta lo siguiente:

... *En cuanto a los gastos de traslado, tenemos, que estos no han sido negados al accionante, se le suministrarán los tiquetes ida y regreso,*

por tratarse de un afiliado con UPC diferencial, desde la isla de San Andrés hasta la ciudad de Barranquilla.

Los gastos de alojamiento, manutención y transporte para el usuario son responsabilidad del usuario. (Negrillas originales).

No es procedente este reclamo, los gastos y viáticos del usuario son responsabilidad de éste mismo, de acuerdo a lo establecido en el artículo 2 de la resolución 5261 de 1994.

Ahora bien señor Juez la Corte Constitucional ha establecido que para la procedencia de una acción de tutela relacionada con el otorgamiento de gastos de traslado interno y viáticos se deben cumplir los siguientes requisitos:

- (i) ni el paciente ni la familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el mencionado servicio y*
- (ii) que en caso de no otorgarse el medicamento, procedimiento o tratamiento, se amenace "la vida , la integridad física o el estado de salud del usuario"*

De igual forma, citó que en algunas oportunidades se ha ordenado la prestación del transporte, junto con un acompañante, cuando el paciente

- (i) dependa totalmente del tercero para su movilización.***
- (ii) Necesite de cuidado permanente "para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas" y finalmente. (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero.*** (negrillas originales)

Al no cumplirse uno de los requisitos taxativos de la doctrina constitucional, el juez constitucional de tutela no puede, de ninguna manera aplicar la consecuencia de otorgar los gastos de traslado al no existir la aplicación de los supuestos de hecho.

Finaliza su argumentación al afirmar que el objeto de la presente acción de tutela se encuentra superado, por consiguiente solicita que se declare el "Hecho superado" en el sentido que:

1) Al paciente se le suministraron los respectivos tiquetes ida y vuelta para la ciudad de Barranquilla, en donde le serian practicados los exámenes y atención especializada requerida por el medico tratante.

2) Los gastos de alojamiento, manutención y transporte para el usuario son responsabilidad del usuario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

Esta Corporación es competente para el conocimiento, en segunda instancia, de la impugnación contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Administrativo, por ser su superior funcional.

CASO CONCRETO

Teniendo en cuenta la viabilidad de la acción de tutela como mecanismo judicial para la prevención de un perjuicio irremediable, la Sala analizará si en el presente caso existe la señalada vulneración a los derechos fundamentales indicados en el escrito de tutela.

El accionante señala que la Nueva EPS está vulnerando su derecho fundamental a la Salud y la Seguridad Social al considerar que, si bien es cierto fueron asignados los exámenes prescritos por el médico tratante para la solución de su afección y aun con el respectivo aporte de los tiquetes aéreos para atender a las citas mencionadas, no le han sido proporcionados los gastos de manutención y estadía, esto en consideración que no conoce la ciudad de Barranquilla y no posee familiar alguno que se haga cargo de dichos gastos.

Por su parte la Nueva E.P.S considera que la tutela es improcedente por hecho superado por cuanto a la fecha se dio cumplimiento a lo dispuesto por el médico tratante, entiéndase la remisión a la ciudad de Barranquilla y práctica de los respectivos exámenes especializados; en relación a los gastos de alojamiento, manutención y transporte para el usuario, la entidad accionada considera que ellos corren por cuenta del usuario, al estimar que no se cumplen los requisitos de hecho determinados por la jurisprudencia Constitucional.

Ahora bien, obran dentro del expediente a folio 25, fotocopia simple del tiquete electrónico para el trayecto San Andrés-Barranquilla cuyo titular es el señor Jorge Eliécer Vergara, así mismo a folios 26 a 29 los pantallazos descriptivos de los servicios médicos especializados a realizarse en el Instituto de Rehabilitación ISSA Abuchaibe Limitada en la misma ciudad.

Lo anterior pretende explicar la aparente consecuencia lógica de estar en frente de un objeto de tutela cuya problemática se encuentra superada; Sin embargo, esta Sala considera necesario el estudio referente a los gastos de manutención y alojamiento por parte de las Empresas Promotoras de Salud y su relación con la efectiva materialización del acceso a la Seguridad Social. Al respecto la Honorable Corte Constitucional ha sido reiterativa en remarcar la especial condición de protección de la que gozan tanto los menores como los adultos mayores.

La jurisprudencia constitucional se ha detenido en señalar los elementos que deberán observarse para establecer, bajo qué circunstancias, el servicio de transporte y los gastos de manutención, en principio a cargo del paciente o de sus familiares más cercanos, pueden ser asumidos por las entidades administradoras del régimen de salud. En virtud de lo anterior esa responsabilidad es trasladada a las entidades promotoras únicamente en los eventos concretos donde se acredite (i) que el procedimiento o tratamiento se considere indispensable para garantizar los derechos a la salud y a la integridad, en conexidad con la vida de la persona; (ii) que el paciente y sus familiares cercanos no cuenten con los recursos económicos para atenderlos, y (iii) que de no efectuarse la remisión, se ponga en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del afectado. En consecuencia, cuando deba prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente; el paciente ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes." (Subrayas de la Sala). T-206 de febrero 28 de 2008, M. P Clara Inés Vargas Hernández.

De tal manera, por vía de tutela se puede impartir, de acuerdo con el material probatorio existente en el expediente, la orden para que la empresa prestadora del servicio de salud cubra el transporte, alojamiento y manutención especial, del afiliado y de su acompañante cuando el paciente lo requiera, de forma que pueda recibir oportunamente los servicios médico asistenciales que sólo le puedan ser prestados fuera de su sede.

De las pruebas allegadas al expediente, y lo manifestado por el actor en su demanda, se puede colegir que no cuenta con los recursos monetarios que demandan los gastos de transporte, alojamiento y manutención en Barranquilla, pese a que ya la Nueva E.P.S le suministró los tiquetes aéreos, pero dicha EPS manifestó que no podía cubrir lo adicional, a lo cual esta Sala considera que no le asiste razón a la Entidad Accionada, en atención a la condición particular del señor Jorge Eliécer Vergara, esto es, adulto mayor con discapacidad laboral que no le permite sufragar los gastos mencionados, reiterando la condición de especial protección en la que se encuentra en virtud del alto grado de indefensión en razón, tanto de su edad como de su condición socioeconómica.

Uno de los servicios no incluidos en el POS constituye el costo de traslado de los pacientes de una ciudad a otra, cuando no se cuente con el servicio de salud reclamado en la localidad donde dicho paciente reside. Esta exclusión del POS está determinada como regla general en la Resolución N° 5261 de 1994.

Sin embargo, la garantía del derecho fundamental debe materializarse, frente a lo cual y para no hacer engañosa su protección, es necesario, en excepcionales ocasiones ampliar el espectro de amparo del derecho con el fin de que su ejercicio sea real y efectivo.

La no desvirtuada estrechez económica, complicada por la limitación física del paciente, dificulta asumir los gastos de traslado, manutención y alojamiento que el viaje a Barranquilla demanda, por consiguiente, esta Sala CONFIRMARA el fallo de tutela de primera instancia y ordenará al representante legal de la NUEVA EPS, seccional San Andrés, o quien haga sus veces, que en caso de que no lo hubiere efectuado, en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia proceda a autorizar, a favor del señor JORGE ELIÉCER VERGARA, el cubrimiento de los gastos de desplazamiento y alojamiento en la ciudad de Barranquilla, así como de su acompañante, si así fuera necesario, mientras se requiera su permanencia, para lo cual se aplicarán las tarifas que la institución tenga establecidas para situaciones equiparables a ésta, o en su defecto, las que determine razonablemente, tomando en cuenta las especiales condiciones de discapacidad del señor Jorge Eliécer Vergara, así como los gastos que demanda mantenerse en una ciudad como Barranquilla.

Finalmente, la Sala estima procedente la manifestación de impedimento del magistrado Jesús Guillermo Guerrero González, dado que conoció la primera instancia.

En mérito de lo expuesto **EL TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SAN ANDRÉS, PROVIDENCIA Y SANTA CATALINA, SALA DE DECISIÓN**, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la ley

RESUELVE:

PRIMERO: ACÉPTASE el impedimento manifestado por el magistrado Jesús Guillermo Guerrero.

SEGUNDO: CONFÍRMASE, el fallo proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo del Circuito de San Andrés Islas fechado el 16 de Diciembre de 2011 mediante el cual se ampararon los derechos fundamentales a la Salud y la Seguridad Social del accionante, señor JORGE ELIÉCER VERGARA.

TERCERO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Se deja constancia que el anterior fallo fue discutido y aprobado en Sala de Decisión de la fecha.

Los Magistrados:

MARTHA VARGAS HERAZO

JORGE E. RAMÍREZ AMAYA

JESUS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ
(Impedido)