

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

San Andrés Isla, nueve (9) de diciembre de dos mil trece (2013)

MAGISTRADO PONENTE: JOSÉ MARÍA MOW HERRERA

REFERENCIA : EXP. No. 88-001-33-33-001-2013-00159-01
CLASE DE PROCESO : ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
ACCIONANTE : ARVIN WATSON HUFFINTON
ACCIONADO : NUEVA EPS

1. OBJETO DE LA PROVIDENCIA.-

Procede la Sala a resolver la IMPUGNACIÓN interpuesta por la ACCIONADA, contra el fallo de tutela proferido por el Juzgado Contencioso Administrativo, dentro de la acción de tutela instaurada por ARVIN WATSON HUFFINTON contra NUEVA EPS.

2. ANTECEDENTES

La Doctora TONNEY GENE SALAZAR, Defensora Regional del Pueblo de San Andrés, Providencia y Santa Catalina en representación del señor ARVIN WATSON HUFFINTON presentó acción de tutela, la cual correspondió por reparto al Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Circuito Judicial, por vulneración a los derechos fundamentales a la seguridad social y eventualmente a la salud, con base en los siguientes:

2.1. Hechos.

Indica que, el señor ARVIN HUMFORD WATSON HUFFINGTON, está afiliado a la NUEVA EPS.

Señala que el señor en mención, es paciente diabético amputado en MPD.

Manifiesta, que el accionante desde el mes de julio del año en curso, solicitó ante la NUEVA EPS, autorización para remisión, con el fin de colocar prótesis de miembro pélvico derecho, ordenado por su médico tratante.

Asevera, que en la fecha 7 de Octubre de los cursantes, el accionante presentó queja ante la Defensoría del Pueblo, en contra de la NUEVA EPS e IPS UNIVERSITARIA, debido a que desde hace cuatro meses su médico tratante le ordenó la remisión y hasta esa fecha no ha recibido respuesta pese a su insistencia; y al contestar niegan la autorización de dicha remisión.

Afirma, que la NUEVA EPS e IPS UNIVERSITARIA ANTIOQUIA se niega a expedir la autorización para remisión que el actor solicitó con el objetivo de la fabricación y colocación de prótesis de miembro inferior pélvico derecho, teniendo en cuenta que fue pedido desde el mes de julio del año en curso y hasta la fecha no le han autorizado dicha remisión, deteriorando así cada día más la salud del señor ARVIN HUNFORD WATSON HUFFINGTON.

Declara que el señor ARVIN HUMFORD WATSON HUFFINGTON, ha estado acudiendo mediante tercera persona a las instalaciones de la IPS mencionada, por cuanto el paciente tiene su domicilio en Providencia y Santa Catalina Islas.

Concluye que la renuencia del ente tutelado al no disponer la autorización necesaria al accionante, para la remisión con el fin de obtener la prótesis que necesita, se constituye una flagrante violación de los derechos fundamentales invocados.

2.2. Pretensiones del Accionante.

Con base en lo anotado, manifiesta el accionante que solicita:

- ✓ *Se protejan el derecho fundamental a la seguridad social y eventualmente a la salud, que por mandato constitucional (Art.48 y 49 C.P.) le asiste al señor ARVIN HUMFORD WATSON HUFFINGTON, en su calidad de persona vulnerable hallada en circunstancias de debilidad manifiesta, violados por la NUEVA EPS representada por la Dra. LIDA FORERO PEÑA y la IPS UNIVERSITARIA-UNIVERSIDAD DE ANTIOQUIA-. Representada legalmente por la Dra. MARTHA LÍA ARBELAEZ OCHOA. Por la deficiente e inoportuna prestación de atención médico tratante Dr. HUGO AROCHA BARROS, paciente diabético amputado supracondilea de MPD, valorada desde el mes de julio del año en curso, por padecer de amputación SUPRACONDILEA DE MPD, siendo necesaria dicha prótesis para mejorar la calidad de vida del afectado., más GASTOS DE MANUTENCIÓN: ESTADIA, ALIMENTACIÓN Y TRANSPORTE TERRESTRE INTERNO EN LA CIUDAD DONDE SEA REMITIDO PARA SUS RESPECTIVOS CONTROLES MEDICOS, PARA SI Y SU ACOMPAÑANTE, el procedimiento médico fue realizado desde el año 2012, y hasta la fecha la EPS no ha autorizado, deteriorándose cada día mas su estado de salud.*

- ✓ *Que como consecuencia de la Acción de Tutela de su derecho fundamental se*
- ✓ *le ordene al ente tutelado poner fin a tales omisiones, adoptando dentro del término que establezca su despacho conducta consistente prestación de la autorización consistente en la negación de "REMISION PARA LA FABRICACION DE PROTESIS PARA MIEMBRO PELVICO DERECHO, ordenados por su médico tratante desde 08 de julio del año en curso, MAS GASTOS DE ESTADIA, ALIMENTACION Y TRANSPORTE TERRESTRE INTERNO EN LA CIUDAD DONDE SEA REMITIDO, Para sí y su acompañante por tratarse de un adulto mayor, que goza de 78 años de edad que se encuentra en silla de ruedas, ordenados por su médico tratante en su último control médico, para que pueda tener una salud estable.*
- ✓ *Prevenir al ente accionado evitar la repetición de los actos o misivas vengativas de la violación y la amenaza del derecho fundamental a la vida..." (sic).*

2.3. Trámite de Instancia.

La presente tutela, fue admitida por el Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, mediante proveído de fecha 06 de noviembre de 2013, se ordenó dar traslado a la entidad accionada a efectos de que en el término de cuarenta y ocho (48) horas, se pronuncie sobre los hechos y pretensiones materia de la presente acción.

2.4. Informes del Accionado.

La IPS UNIVERSITARIA, mediante escrito de fecha noviembre 8 de 2013 y por intermedio de su Asistente Jurídico, Dr. ANDRÉS FELIPE CANO LÓPEZ, recorrió el traslado de la presente acción, manifestando que no es pertinente atribuirle la responsabilidad de autorizar la remisión que solicita el actor a esta entidad, toda vez que la misma solo tiene el deber de prestar el servicio de salud contratado con calidad y eficacia; es por ello que afirma que la competencia en el presente caso es de la EPS, ya que esta tiene la facultad de autorizar el procedimiento médico que requiere el actor, lo cual se debe hacer dentro de la red de prestadores de servicio de salud que le brinden el servicio médico a sus afiliados y la IPS no ofrece el servicio médico que para el caso se necesita, por tanto es la NUEVA EPS, la encargada de autorizar lo que requiere el señor ARVIN HUMFORD WATSON HUFFINGTON. De igual forma, concluye la entidad accionada, que se declare la improcedencia de la tutela y en su defecto que se ordene a la NUEVA EPS el pago de los servicios médicos que se presten.

Por su parte, la NUEVA EPS, a través de apoderado judicial, manifestó que no se evidencia en la base de datos radicación para el insumo de prótesis para miembro inferior, por lo que solicita que si el afiliado posee prescripción de su médico tratante, debe solicitarlo así en la oficina de atención al afiliado de la NUEVA EPS, para que haga radicación de esta y así iniciar proceso de autorización.

Adicionalmente, alega que no es procedente el reclamo de gastos de transporte, hospedaje y alimentación del usuario y acompañante, pues estos son responsabilidad del usuario y su núcleo familiar, por tanto no se debe acceder a las pretensiones de la tutela.

Finalmente, solicita que se declare improcedente la tutela de la referencia, sin embargo en caso de ordenarse la protección de los derechos fundamentales, solicita que se ordene el recobro al FOSYGA por la totalidad de los valores pagados.

2.5. Sentencia de Primera Instancia.

El Juzgado Único Administrativo del Circuito de San Andrés, Islas, en Sentencia de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), resolvió: ***"PRIMERO: DECLÁRESE la falta de legitimación en la causa por pasiva de la IPS UNIVERSITARIA, acorde a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: TUTÉLESE el derecho a la Salud en conexidad con la Vida del señor ARVIN WATSON HUFFINGTON, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3707167. En consecuencia, ordenase a la NUEVA EPS, para que en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas, suministre los recursos necesarios (tiquetes, estadía, alimentación y transporte interno etc.), al accionante y su acompañante, para que así pueda trasladarse a la ciudad remitida y volver a su lugar de origen, a fin de acceder a lo solicitado. PREVENGASE a la Nueva EPS, para que coordine la atención del servicio médico, a la ciudad que se remitirá el señor ARVIN WATSON HUFFINGTON. CUARTO: AUTORÍZASE a La NUEVA EPS para repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA por los costos ocasionados de los medicamentos y procedimientos requeridos que no se encuentran contemplados dentro del Plan Obligatorio de Salud, por la prestación del servicio médico e integral de salud a la accionante, ordenados en esta providencia. QUINTO: NOTIFÍQUESE la presente sentencia en la forma ordenada en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991. SEXTO: Si el fallo no fuere impugnado, EVIAR a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión, según lo dispone el artículo 31 del Decreto 2591 de 1991.***

2.6. Impugnación.

Inconforme con la decisión de primera instancia, la entidad accionada a través de apoderado judicial, impugnó la decisión del Juez de Primera Instancia, en los siguientes términos:

Alegó la inexistencia de violación de derechos fundamentales, lo cual sustentó de manera genérica explicando el objetivo de la acción de tutela.

No obstante lo anterior, es de notar que la entidad recurrente hace entender que su desacuerdo con la decisión de primera instancia radica en haberse ordenado a dicha entidad el suministro de los recursos necesarios atinentes a tiquetes, estadía, alimentación y transporte interno etc., al accionante y su acompañante, para que así pueda trasladarse a la ciudad remitida y volver a su lugar de origen, toda vez que de acuerdo con la sustentación del recurso se observa que su argumentación se basa en alegar que no es procedente lo relacionado con el otorgamiento de gastos de traslado interno y viáticos debido a que para ello se deben cumplir una serie de requisitos establecidos en el artículo 2 de la resolución 5261 de 1994, y para el caso considera que no se cumple con los siguientes requisitos: “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.

Por las razones anteriormente expuestas, considera la entidad recurrente que al no cumplirse uno de los requisitos taxativos de la doctrina constitucional, el juez no debe aplicar la consecuencia de otorgar los gastos de traslado al no existir la aplicación de los supuestos de hecho.

2.7 Trámite Procesal Segunda Instancia

El proceso llegó a esta Corporación el día veintiuno (21) de noviembre de dos mil trece (2013), se radicó, repartió y entró al Despacho el día veintiséis (26) de noviembre de la presente anualidad.

Se registró proyecto de fallo el Cinco (5) de Diciembre de dos mil trece (2013).

CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

3.1. Fundamentos Jurídicos.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución de 1991, se prevé como el mecanismo garante que tienen todas las personas para la protección judicial inmediata de sus derechos fundamentales. Así, y como

surge de amplísima fuente jurisprudencial, dicha acción tiene por objeto el restablecimiento inmediato y efectivo de los derechos fundamentales que han sido violados mediante mandatos judiciales inmediatos y perentorios, para que el responsable de la agresión o amenaza cese la acción u omisión.

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar los derechos constitucionales fundamentales”. Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

De los preceptos mencionados se puede concluir que, para que proceda la acción de tutela en un asunto determinado, se requiere que existan elementos objetivos de los cuales se pueda inferir una amenaza o vulneración cierta de derechos fundamentales, bien sea por una acción o una omisión de las autoridades públicas y, excepcionalmente, de los particulares.

Así las cosas, quien acuda a la acción de tutela en procura de obtener la protección de los derechos fundamentales que considera conculcados, debe, como cuestión inicial, acreditar, siquiera sumariamente, el hecho vulnerador, es decir, la amenaza o afectación directa del bien jurídico susceptible de amparo.

3.3. Del Problema Jurídico.

El problema jurídico, que debe desatar la Sala en este caso, consiste en determinar, ¿si es procedente ordenar a la entidad promotora de salud asumir gastos de tiquetes, alimentación y alojamiento para el acompañante del paciente?

3.4 Caso en Concreto.

Encuentra la Corporación, que la principal alegación de la entidad accionada, es que los gastos de tiquetes, alimentación y alojamiento para el acompañante del accionante son responsabilidad del mismo y de su grupo familiar, y que por tanto, no es procedente dicho reclamo de conformidad con la Resolución 5261 de 1994 y la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional.

Por su parte, el accionante en su escrito de tutela manifiesta, que por tratarse de un adulto mayor, que cuenta con 78 años de edad y que se encuentra en silla de ruedas, ordenados por su médico tratante en su último control médico, para que pueda tener una salud estable, aunado a que

declara que es paciente diabético amputado en MPD, por lo que solicitó ante la NUEVA EPS, autorización para remisión, con el fin de colocar prótesis de miembro pélvico derecho, ordenado por su médico tratante obteniendo respuesta negativa de dicha autorización, razón por la cual posteriormente presentó queja ante la Defensoría del Pueblo, en contra de la NUEVA EPS e IPS UNIVERSITARIA. Agrega, que no cuenta con los medios económicos necesarios para costear tiquete y estadía para él y su acompañante.

De las pruebas aportadas por el accionante, se observa:

- Fotocopia de acta de posesión de la defensora del pueblo. (fl.7 Cuaderno 1ª inst.)
- Fotocopia de la recepción de Atención y Trámite de Quejas A.T.Q. (fl. 8 Cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de conceptos del médico tratante (fls. 10, y 13 cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de solicitud de servicios y aprobación de servicios por la NUEVA EPS. (fls. 11 y 15 cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de remisión al continente, ordenada por el médico tratante (fl. 12 cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de la copia de la cédula del accionante (fl. 14 cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia del soporte del recibo de pago de su mesada pensional del mes de julio de 2011, expedido por el Banco Agrario (fl. 14 cuaderno 1ª inst.).
- Fotocopia de recibo de caja del bono expedido por la IPS Universitaria de Antioquia. (fl. 52 cuaderno 2ª inst.).
- Fotocopia de poder general otorgado por la NUEVA EPS, al Doctor CESAR ALBERTO FRANCO TATIS y Certificado expedido por la Cámara de Comercio de Barranquilla. (fls. 55 a 60 cuaderno 2ª inst.).

En tal sentido, para abordar el caso en concreto, la Sala estudiará lo planteado en el problema jurídico, teniendo en cuenta las pruebas que militan en el expediente.

La Constitución Política consagra en sus artículos 48 y 49 el derecho a la seguridad social y determina que la salud es un servicio público esencial a cargo del Estado, que debe ser prestado con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la ley.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el punto toral del presente asunto se circunscribe a determinar si es procedente ordenar los gastos de “estadía, alimentación y tiquetes” para el acompañante del accionante, la Sala considera pertinente hacer las siguientes anotaciones:

La H. Corte Constitucional ha delimitado el reconocimiento de gastos de desplazamiento, lo que en principio no constituyen trasgresión a derecho fundamental alguno, en tanto que dichos servicios son ajenos a su objeto, estos deben ser asumidos tanto por el paciente como por sus familiares, pero en diferentes circunstancias se ha presentado que por carencias económicas la EPS debe costear el desplazamiento del paciente, es así como en sentencia T-212 de 2011, expuso:

*“Si bien el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no son servicios médicos, hay ciertos casos en los que el acceso efectivo al servicio de salud depende de que el paciente pueda desplazarse hacia los lugares donde le será prestada la atención médica que requiere, desplazamiento que, en ocasiones, debe ser financiado porque el paciente no cuenta con los recursos económicos para acceder a él. **De hecho, la jurisprudencia constitucional, basándose en la regulación existente al respecto, ha señalado que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía. De este modo, se ha establecido que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las EPS únicamente en los eventos donde se acredite que “(i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”**”¹ (Subraya y negrilla de la Sala).*

De la misma forma, la Alta Corporación ha manifestado:

*“Adicionalmente, no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. **También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.** La regla jurisprudencial aplicable para la procedencia del amparo constitucional respecto a la financiación del traslado del acompañante ha sido definida en los siguientes términos, (i) el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, (ii) requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y (iii) ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado. (...)Para que el paciente tenga derecho a que la EPS cubra los gastos de transporte y estadía que sean necesarios para que pueda recibir los servicios médicos que necesita, se requiere que el paciente sea totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento, requiera atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y también que ni él ni su núcleo familiar cuenten con los recursos suficientes para financiar el traslado”² (Resaltado y negrilla fuera de texto).*

¹ CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-212 de 2011. MP: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

² CORTE CONSTITUCIONAL, Sentencia T-212 de 2011. MP: Dr. JUAN CARLOS HENAO PÉREZ.

Respecto a los dos primeros requisitos, para este Tribunal, es incuestionable que el accionante en estos momentos depende o requiere la ayuda de un tercero, pues, a folio 12 del cuaderno de primera instancia, obra constancia de consulta en la que el médico especialista que ha venido tratando el estado de salud del accionante certifica que el mismo es paciente diabético amputado en MPD (miembro pélvico derecho), que se encuentra en silla de ruedas aunado a que se trata de una persona de la tercera edad, pues a folio 14 del cuaderno de primera instancia, consta fotocopia de la cedula de ciudadanía del actor en la que se evidencia que el 26 de Diciembre de los corrientes cumplirá 78 años.

Con relación a este tema específico del derecho fundamental a la salud en las personas de la tercera edad, la Honorable Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones se ha pronunciado sobre el alcance del contenido de los artículos 13 y 46 de la Constitución Política, respecto a la protección especial de las personas de la tercera edad. En ellas, ha considerado que el principio de solidaridad respecto a éste grupo de personas se hace más exigente, ya que en primer lugar le corresponde a la familia y subsidiariamente al Estado y a la sociedad, velar para que dicha protección se haga efectiva.

Así lo consideró la Honorable Corte Constitucional, al manifestar que esa dificultad que afronta una persona de la tercera edad para procurar su propio cuidado, se debe ante todo por los cambios morfológicos que disminuyen su capacidad física que le impiden el goce y disfrute de algunos de sus derechos.

Frente al tercer requisito, esto es, la capacidad económica del accionante y su núcleo familiar para financiar los costos del traslado del acompañante, la estadía, alimentación y transporte interno, se observa que se estructura en el caso bajo examen, dado que, de acuerdo a la copia de aprobación de servicio que milita en el expediente, el tutelante es Cotizante Tipo A, lo que da cuenta que el señor ARVIN HUMFORD WATSON HUFFINGTON, pertenece al grupo de afiliados cuyo ingreso base de cotización es menor a 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes, esto según las tarifas y los rangos establecidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud del Ministerio de la Protección social, mediante acuerdo 260 de 2004, específicamente en su artículo 8, lo que indica que la capacidad económica del accionante es mínima.

En este orden de ideas, la Sala llega a la conclusión de que en el caso de marras se estructuran todos los elementos que dan lugar a reconocerle los gastos de traslados y alojamiento al acompañante del accionante por parte de la entidad promotora de salud, razón por la cual puede inferirse que en el

caso concreto con la negativa de la entidad accionada a asumir dichos gastos se violan los derechos invocados en la demanda.

En consecuencia, la Sentencia de 1ª instancia de fecha noviembre catorce (14) de dos mil trece (2013), proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo de este Distrito Judicial será confirmada en su totalidad.

Lo anterior, entonces, quiere decir que la EPS debe sufragar los gastos de tiquetes, alimentación, hospedaje y transporte interno en la ciudad donde ha sido remitido el accionante, por lo tanto se le advertirá que deberá suministrar dichos conceptos al acompañante del accionante.

Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo por el medio más expedito y eficaz. Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, a más tardar al día siguiente de su ejecutoria.

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,

FALLA

PRIMERO: CONFIRMESE la sentencia proferida por el Juzgado Único Contencioso Administrativo del Circuito Judicial del Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina, de fecha catorce (14) de noviembre de dos mil trece (2013), de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADVIÉRTASE a la NUEVA EPS que deberá suministrar tiquetes, alojamiento, transporte interno y alimentación al acompañante del ciudadano ARVIN WATSON HUFFINGTON, para la remisión ordenada por el médico tratante, la cual deberá ser autorizada por la entidad anteriormente mencionada.

TERCERO: Comuníquese esta decisión a las partes y al A-quo, por el medio más expedito y eficaz.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión, al día siguiente de su ejecutoria.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

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

Los Magistrados,

JOSE MARÍA MOW HERRERA

NOEMÍ CARREÑO CORPUS

JESÚS GUILLERMO GUERRERO GONZÁLEZ