

TRIBUNAL SUPERIOR



DISTRITO
JUDICIAL DE CARTAGENA

Magistrado Ponente: Dr. FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA.

REF: No. 13001-31-05-008-2019-00200-01

TEMA: VIDA, DIGNIDAD HUMANA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL.

SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL/ Son servicios públicos de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, la prestación de dichos servicios debe darse de manera oportuna, ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del sistema, por lo tanto, deben las entidades prestadoras de servicios de salud garantizar la continuidad en el mismo,

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DIGNA/Orden a EPS de cubrir gastos de transporte, manutención y estadía del paciente asistir a tratamientos médicos que se realizan en lugares diferentes a los de residencia.

CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE Y ACOMPAÑANTE POR EPS/Se debe verificar si se cumplen requisitos para ordenar suministro de transporte, alimentación, alojamiento y al paciente y a su acompañante

**República de Colombia
Rama Judicial**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CARTAGENA
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

Cartagena, treinta (30) de julio del año dos mil diecinueve (2019)

Magistrado Ponente: **Dr. FRANCISCO ALBERTO GONZÁLEZ MEDINA.**

REF: Radicación No. 13001-31-05-008-2019-00200-01

TEMA : VIDA, DIGNIDAD HUMANA, SALUD Y SEGURIDAD SOCIAL

1. PARTES

2.

Accionante: **BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA**

Accionado: **NUEVA EPS Y DADIS**

2. OBJETO

Resuelve la Sala Tercera Laboral de Decisión del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena la impugnación de la sentencia de tutela, impetrada por BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA contra el fallo de fecha trece (13) de junio de dos mil diecinueve (2019), proferido por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito Cartagena, en el cual se tutelaron los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social invocados por BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA, quien actuó en nombre propio.

3. ANTECEDENTES

3.1.- Pretensiones

BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA, obrando en nombre propio impetró acción de tutela, a fin de que le fueran amparados los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social y en consecuencia se ordenara a las accionadas autorizar y entregarle los viáticos desde Cartagena a Barranquilla, mas su estadía en la ciudad de Barranquilla para él y un acompañante, con la finalidad de asistir a la cita en otología y/ o otoneurología el 12 de julio de 2019. De igual forma, solicitó que le fuera suministrado dicho subsidio cada vez que requiriera la prestación de sus servicios médicos en ciudades distintas a Cartagena. Por último, solicitó que se le ordenara al DADIS, el suministro del tratamiento integral incluyendo medicamentos, insumos, procedimientos y/ o terapias y demás servicio que necesitare, sin importar que no se incluyan en el POS.

En el mismo escrito solicitó como medida provisional que se autorizaran los viáticos a las ciudades antes mencionadas para la cita el 12 de julio de 2019, por las patologías antes mencionadas. (Fol. 1).

3.2.- Hechos

Manifestó el accionante, que se encontraba afiliado a la Nueva EPS bajo el régimen subsidiado y padecía estado de infección asintomática de VIH, hemorroides internas, tumor de comportamiento incierto o desconocido de otros órganos respiratorios y del oído medio. Por las anteriores afecciones, su médico tratante le ordenó consulta especializada en otología y/o neurología en la ciudad de Barranquilla en la IPS RESTREPO & CIA S EN C S, pero la Eps accionada le negó los viáticos sin perjuicio de que su cita en ese momento era el 12 de julio de 2019, a las 8: 00 am y no contaba con recursos económicos para costear dichos gastos. (fol. 1).

3.3.- Actuación Procesal

Por medio de auto de fecha seis (06) de junio de 2019 (fol. 10), el Juzgado Octavo Laboral del Circuito, resolvió admitir la acción de tutela interpuesta por BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA, en nombre propio, contra la NUEVA EPS S.A y DADIS, en la cual además decidió negar la medida provisional solicitada, en tanto no observó urgencia notoria de protección al derecho a la salud y vida del accionante y ordenó notificar a las accionadas para que se pronunciaran sobre los hechos planteados por el accionante, dentro de las 24 horas siguientes a partir de la notificación de la providencia en mención.

3.4.- Contestación Accionada- Nueva EPS

La NUEVA E.P.S mediante apoderada judicial rindió informe, en el cual solicitó que se declarara la improcedencia del amparo y subsidiariamente en caso de ser concedida se conminara expresamente en la parte resolutive de la sentencia al ADRES para que pagara a la Nueva Eps el 100% de los servicios en salud que no esté incluido en el plan de beneficios en salud y le fueran suministrados al usuario dentro de los 15 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

Indicó, que asumió todos los gastos médicos requeridos por el accionante siempre y cuando dichos servicios médicos se encontraran dentro del marco normativo prestacional con base en las prescripciones médicas. Respecto a la solicitud de gastos de transporte, adujo que este no se encontraba evidenciada mediante solicitud médica especial de transporte, por lo que no se le violentó ningún derecho fundamental al

accionante. Por último, frente a la solicitud de tratamiento integral señaló que esa integralidad se configura de acuerdo a las necesidades médicas del accionante y la cobertura que establece la ley para el plan de beneficios de salud, pues en virtud del artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de particulares, por lo tanto, el Juez constitucional no podía emitir ordenes contra derechos que no han sido vulnerados, pues el fallador no podía asumir que cuando el usuario requiera los servicios, estos no le fueran prestados. (fol. 18-20).

3.5.- Contestación Accionada- DADIS

DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE SALUD DISTRITAL-DADIS, por medio de profesional especializado grado 45, rindió informe, en donde solicitó que se declarara improcedente el amparo por cuanto no se encontraron derechos vulnerados y de encontrarse demostrados se responsabilizara a la Nueva EPS y se exonerara al DADIS.

Señaló que previo estudio de la página del ADRES se percató que el reclamante se encontraba como usuario activo cabeza de familia afiliado al sistema de salud de régimen subsidiado a través de Nueva Eps por lo que era la responsable de cualquier vulneración comprobada hacia el actor .

Indicó, que la entrada en vigencia de la ley 1751 de 2015 dejó en desuso las normas, resoluciones y decretos anteriores, pues resaltó que el actor era sujeto de especial protección conforme al artículo 11 del mencionado decreto por lo que todos los usuarios tenían derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud incluyendo intervenciones, medicamentos, servicios o procedimientos, de tal forma que la negativa por parte de las Eps a facilitar el acceso a estos permite que el derecho reclamado sea llamado a la salvaguarda constitucional.(fol. 22- 26).

3.6.- Sentencia de primera instancia

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del trece (13) de junio de 2019, resolvió tutelar los derechos fundamentales a la vida, salud y seguridad social invocados por la actora y en consecuencia se le ordenó a la NUEVA EPS a través de su gerente zonal que dentro de las 24 horas siguientes a la notificación de la providencia autorizara y suministrara gastos de transporte, manutención y estadía del accionante a la ciudad de Barranquilla.

Como sustento de su decisión dijo que los padecimientos del accionante tales como diagnóstico de VIH, hemorroides internas y tumor se encontraron probados y debido a

esto consideró que el accionante era sujeto de protección especial por tratarse de enfermedades llamadas “catastróficas”. De igual manera, se encontraron probados todos los supuestos procesales necesarios para determinar que si se estaban vulnerando sus derechos fundamentales, tales como la condición de salud, la autorización médica para la realización de dichos estudios de otología en la IPS YEPEZ RESTREPO en Barranquilla y la solicitud elevada por el accionante en donde manifestó que no contaba con los recursos económicos para realizarse dicha evaluación, como requisito del accionante.

Respecto a la solicitud de suministro de transporte y ayuda económica del paciente manifestó que con base en fundamentos constitucionales el conceder o no tal prerrogativa, dependía del análisis que realizaba el Juez en cada caso concreto evaluando la pertinencia, necesidad, urgencia de la medida y las condiciones económicas del paciente y su núcleo familiar, así pues, si no contaba con los recursos suficientes y se comprometían los derechos fundamentales del actor, la acción tutelar sería procedente para ordenar el pago de los costos pertinentes por parte de la EPS y posteriormente recobre los valores pertinentes que no estaba obligada a pagar.

Bajo este criterio, estableció la juez de instancia que se generó la obligación del actor de informar a la entidad sobre su situación logrando de esta manera la inversión de la carga de prueba hacia la accionada donde sería esta última quien debería probar que el afiliado si cuenta con la capacidad para sufragar los gastos, contrario a esto, la EPS accionada no logró desvirtuar mediante acervo probatorio aportado la condición económica precaria del actor pues del plenario el juez pudo extraer que se encontraba incluido dentro del grupo poblacional subsidiado lo que significa que no cuenta con los recursos.

Precisó que teniendo en cuenta el carácter público obligatorio y esencial de la salud a cargo del Estado y que este servicio debe darse oportuna y permanentemente sin ser retrasar en el acceso al paciente injustificadamente y mucho menos cuando se trata de personas en situación de debilidad manifiesta, accedió a la pretensión de suministro de viáticos y sostenimiento económico al paciente durante su viaje y estadía en la ciudad de Barranquilla para realizarse sus procedimientos médicos de otología, pero no accedió a los gastos del acompañante toda vez que no acreditó los presupuestos exigidos por la jurisprudencia que demostraran su dependencia de un tercero para su desplazamiento y su requerimiento de atención permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas. (Folios 29 a 35)

3.3.2. Impugnación

Inconforme con la decisión de primera instancia, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena mediante sentencia de fecha trece (13) de junio de 2019, NUEVA EPS impugnó la misma, donde solicitó la revocatoria de la decisión y en su lugar, se denegara por improcedente y subsidiariamente en caso de ser concedida solicitó que el ADRES pagara el 100% de los costos de servicios de salud que no se encontraran incluidos en el plan de beneficios de salud mediante la Resolución No. 5269 de 2017 dentro de los 15 días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

Reiteró que no le fue violentado ningún derecho fundamental al accionante, por cuanto no se evidenció radicación en el sistema de salud correspondientes a transportes ordenados por los médicos y además no se encontraba incluido en los servicios de salud que están en el plan de beneficios de salud exactamente en el artículo 120 y 121 de la Resolución 5269 de 2017 por lo tanto, no correspondía a la EPS suministrar transporte o traslado al accionante, además, insistió en que no le era dable al fallador emitir órdenes de protección a derechos fundamentales que no fueron vulnerados. (Folios 42 a 46).

4.-CONSIDERACIONES

4.1.- Marco Jurídico

4.1.1.- Acción de Tutela- Constitución Política, artículo 86.

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por si misma o por quien actué en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”-

4.1.2- Derecho a la vida- constitución política art 11.

“El derecho a la vida está consagrado en el artículo 11 de la constitución política como el primero de los derechos fundamentales. T-645 DE 1998 “Esta Corte ha sostenido que la vida humana está consagrada en el preámbulo de la Carta de 1991, como un valor superior que debe asegurar la organización política, pues las autoridades públicas, aún más las de carácter de seguridad social, están instituidas para protegerla integralmente y para garantizar el derecho constitucional fundamental a la integridad física y mental; en concordancia con ese valor, el artículo 11 de la C.P. consagra el derecho a la vida como el de mayor connotación jurídico política, toda vez que se erige en el presupuesto ontológico para el goce y ejecución de los demás derechos constitucionales, ya que cualquier prerrogativa, facultad o poder en la sociedad es consecuencia necesaria de la existencia humana.”

-Principio de Dignidad Humana

“El estudio de la naturaleza jurídica de la expresión constitucional “dignidad humana” tiene relevancia a partir de la existencia de una estrecha relación entre los conceptos normativos de, prestación eficiente y continua de los servicios públicos (artículo 365), Estado social de derecho (artículos 1 y 365) y eficacia de los derechos fundamentales (artículos 2 y 86)”.

“Entendido como derecho fundamental autónomo, la Corte ha determinado que la dignidad humana equivale: (i) al merecimiento de un trato especial que tiene toda persona por el hecho de ser tal; y (ii) a la facultad que tiene toda persona de exigir de los demás un trato acorde con su condición humana. Por tanto, la dignidad humana se erige como un derecho fundamental, de eficacia directa, cuyo reconocimiento general compromete el fundamento político del Estado” T 291/16.

4.1.3.-Derecho a la salud, sentencia T-361/14

“El derecho a la salud es un derecho fundamental de todos los habitantes del territorio nacional que debe ser respetado y protegido y, que puede ser invocado a través de la acción de tutela cuando este resultare amenazado o vulnerado, para lo cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos vulnerados”.

4.1.4.- Derecho a la seguridad social, sentencia T 225/18

“El artículo 48 de la Carta Política, dispone que la seguridad social es un derecho irrenunciable y un servicio público en cabeza del Estado, que debe garantizarse a todas las personas “en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad”. Para esta Corporación la seguridad social es un derecho de raigambre fundamental, que debe ser definido de la siguiente manera: “conjunto de medidas institucionales tendientes a brindar progresivamente a los individuos y sus familias las garantías necesarias frente a los distintos riesgos sociales que puedan afectar su capacidad y oportunidad, en orden a generar los recursos suficientes para una subsistencia acorde con la dignidad del ser humano”

4.1.5.- Cubrimiento de gastos de transporte para paciente y acompañante por EPS. Sentencia T-653 de 2016.

“Esta Corporación estableció que las EPS deben brindar el servicio de transporte siempre que: (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) que de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la dignidad, la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”
“Del mismo modo, este Tribunal no solo ha previsto la necesidad de reconocer el servicio transporte para el paciente, sino también para un acompañante debido a que el POS no contempla dicho servicio. Con tal fin, la Corte ha sostenido que se debe corroborar que el usuario (i) dependa totalmente de un tercero para su movilización, (ii) necesite de cuidado permanente para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas y, (iii) ni el paciente ni su familia cuenten con los recursos económicos para cubrir el transporte del tercero”.

5. caso concreto

Sea lo primero precisar, que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política tiene como objetivo la *“protección efectiva e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales, en aquellos casos en que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de una autoridad pública, o de un particular en los términos que establece la Constitución y la ley, siempre y cuando no exista otro medio de defensa judicial, a no ser que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”* (CSJ STL 3125-2018)

De lo anterior se desprende que tiene un carácter residual y subsidiario, siendo procedente, siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de tales derechos y que sea formulada en un término razonable, desde el momento en que acaeció el hecho vulnerador, así que resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previsto por la ley o no se interpone guardando el principio de inmediatez que lo reviste. Pues, no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez, que su competencia es secundaria, es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia que permita el cese inmediato de la amenaza o vulneración del derecho, ante la acreditación de un perjuicio irremediable.

Vale recordar, que la Corte Constitucional, en sentencia T-062 de 2017, señaló que el servicio de transporte no es catalogado como una prestación médica en sí, no obstante, si es considerado como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, debido a que cuando no se puede contar con el traslado para recibir el tratamiento médico prescrito, se impide la materialización del derecho a la salud.

Adicionalmente, sea conveniente indicar que el Ministerio de Salud y Protección Social, mediante Resolución N° 5592 de 2015, actualizó integralmente el plan de beneficios en salud y en su artículo 126, dispuso que la unidad de pago por capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud, cubre el traslado en los siguientes casos: (i) cuando se presenten patologías de urgencia o (ii) el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado debería recibir el servicio, incluyendo, a su vez, el transporte para atención domiciliaria.

Por otro lado la Constitución Política establece en su Artículo 48, que la Seguridad Social es un derecho irrenunciable y un servicio público a cargo del Estado, cuyo acceso debe garantizarse a todas las personas y debe prestarse siguiendo los

principios de solidaridad, eficiencia y universalidad. El Sistema de Seguridad Social se encuentra integrado, entre otros, por el Sistema General de Salud, cuya regulación se enmarca en el Artículo 49 Superior, la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Ley 100 de 1993, la Ley 1122 de 2007, la Ley 1438 de 2011 y la Resolución No. 5521 de 2013, entre otras disposiciones.

En el caso bajo estudio, el accionante actuando a nombre propio, impetró acción de tutela contra la NUEVA EPS, con el fin de que le fueran amparados los derechos fundamentales a la DIGNIDAD HUMANA, VIDA, SALUD y SEGURIDAD SOCIAL ordenando a la accionada la autorización y pago de viáticos y manutención de él y su acompañante durante su estadía en la ciudad de Barranquilla mientras se realizaba el procedimiento de otología u otoneurología el 12 de julio de 2019 y cada vez que requiriera servicios médicos fuera de la ciudad de Cartagena. Amparo que fue concedido por el Juez de tutela, ordenando la autorización y suministro de los gastos de transporte y manutención del accionante durante su estadía para asistir a la cita antes mencionada, sin embargo, la NUEVA EPS insiste en su impugnación en que la acción de tutela es improcedente, pues en el sistema de salud no se evidenció orden médica sobre viáticos, alimentación y hospedaje y no se estaba vulnerando ningún derecho fundamental del accionante.

En el presente asunto, se constató que **BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA**, padece de infección asintomática de VIH, HEMORROIDES INTERNAS y TUMOR DE COMPORTAMIENTO INCIERTO, conforme se avizora de folio 7 a 8, de igual forma se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud por el Estado a la Nueva Eps (fol. 6) debido a su precaria condición económica. En consecuencia, le fue ordenado el tratamiento denominado OTOLOGIA/ OTONEUROLOGIA mediante prescripción médica de fecha 21 de mayo de 2019.

De igual forma, se evidencia a folio 28 respuesta de la NUEVA EPS al actor, donde se niega el suministro de viáticos para la asistencia a dicha cita médica, por cuanto la ciudad de Cartagena no tenía prima adicional para zona especial por disposición geográfica, de acuerdo con la Resolución No. 5269 de 2017.

No obstante lo anterior, la Sala considera que la situación del actor se adecua a una de las excepciones planteadas en los artículos 120 y 121 de la resolución referenciada, para hacerse acreedora del beneficio invocado, toda vez, que el servicio no pudo ser prestado en el lugar donde el afiliado debía recibirlo, por cuanto el mismo es otorgado en la ciudad de Barranquilla, municipio donde el actor no donde reside.

Adicionalmente, si bien no se evidenció orden médica taxativa del galeno tratante proveniente de la Nueva Eps al paciente. Las documentales a folios del 7 al 8, demuestran que dicha orden fue proferida por una entidad adscrita a la accionada entendiéndose que se prescribió con autorización de la entidad. De igual manera, se avizora una respuesta negativa por parte de la accionada, reiterada además en el informe rendido visibles a folio 18 al 20, observándose la clara intención de la recurrida de no suministrar el servicio, lo que conduce a colegir que la vulneración del derecho a la salud persiste.

No sobra precisar que la atención en salud y la seguridad social son servicios públicos de carácter obligatorio y esencial a cargo del Estado, y que la prestación de dichos servicios debe darse de manera oportuna, ininterrumpida, constante y permanente, dada la necesidad que de ella tienen los usuarios del sistema, por lo tanto, deben las entidades prestadoras de servicios de salud garantizar la continuidad en el mismo, de manera que no sea suspendido o retardado, por lo que no es admisible someter a los pacientes a demoras injustificadas en la prestación de los mismo o a una paralización del proceso clínico por razones administrativas o burocráticas, es decir aquellas que no están justificadas por motivos estrictamente médicos.

Adicional a lo anterior, esta Corporación procedió a comunicarse con el accionante al teléfono suministrado en la acción de tutela, y éste indicó que la cita programada para el día 12 de julio del presente año había sido aplazada para el día 23 de agosto de la misma anualidad, y que aún la NUEVA EPS no había autorizado el transporte indicado, lo cual da cuenta a esta Colegiatura que sigue la vulneración de los derechos fundamentales solicitados en esta acción.

Ahora bien, concuerda esta Sala con el Aquo al considerar que el accionante no demostró que requiriera de ayuda de algún acompañante para el traslado, ni que depende de un tercero para su desplazamiento, hecho por el cual se confirmará la decisión de transporte, alojamiento y alimentación para su acompañante.

Respecto a la solicitud subsidiaria de la accionada en su escrito de impugnación, consistente en ordenar al ADRES el reembolso de la totalidad de los servicios de salud que no estuvieran incluidos en el plan de beneficios de salud conforme a la Unidad de Pago por Capitación (UPC). La Sala no desconoce la exclusión del servicio de transporte para traslado del paciente de la UPC conforme al artículo 126 de la resolución 5269 de 2017, pero la Corte Constitucional ha sostenido en sentencia T032 de 2018 que *“Se le debe suministrar el transporte a una persona que no cuenta con los recursos económicos para sufragarlo aun cuando dicho traslado no esté incluido en el*

PBS, caso en el cual la entidad promotora de salud es la obligada a correr con dichos gastos” por lo que esta Corporación considera que es la NUEVA EPS la que debe sufragar dichos gastos y en caso de que considere que debe realizarse un reembolso o pago por parte de la ADRES, es esta entidad la que debe realizar los trámites pertinentes para su recobro y no de parte de una autoridad judicial.

Por lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia de fecha trece (13) de junio del 2019, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela No. 13001-31-05-008-2019-00200-01, impetrada por BIENVENIDO GOMEZ ORTEGA, quien actuó en nombre propio contra NUEVA EPS S.A., conforme a las consideraciones dadas en precedencia.

SEGUNDO: NOTIFÍQUESE esta sentencia a las partes por el medio más eficaz y expedito y **ENVÍESE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

FRANCISCO ALBERTO GONZALEZ MEDINA
Magistrado Ponente

JOHNNESY DEL CARMEN LARA MANJARRES
Magistrada
(Ausencia justificada)

MARGARITA MÁRQUEZ DE VIVERO
Magistrada