

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Caso en que EPS niega desafiliación del régimen contributivo a menor, con fundamento en que dicha decisión depende de la cotizante

LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA Y AGENCIA OFICIOSA EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos

LEGITIMACION POR ACTIVA DEL MENOR-Cualquier persona está legitimada para solicitar amparo constitucional de sus derechos fundamentales

En atención a la edad del menor, es razonable que un tercero promueva la defensa de sus derechos, ya que se entiende que su estado de formación no le brinda todavía la solvencia necesaria para entender el alcance de sus garantías constitucionales y de las herramientas dispuestas para impulsar su protección.

DESAFILIACION DE USUARIOS AL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Causales

DESAFILIACION DE USUARIOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Procedimiento

La desafiliación se somete a un procedimiento reglado en el Decreto 1703 de 2002, que en términos generales le impone a la EPS el deber de enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un mes, una comunicación por correo certificado en donde se señale con precisión la causal y las razones que motivan dicha decisión, indicando la fecha desde la cual se hará efectiva. El usuario puede, de existir controversia, acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para que ésta resuelva de plano en un término máximo de 30 días calendario.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

PORTABILIDAD-Derecho que tiene todo colombiano a ser atendido por las entidades que componen el Sistema de Seguridad Social en Salud, en cualquier lugar del territorio

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DEL MENOR-Improcedencia por cuanto EPS le está brindando cobertura en salud al menor

Referencia: expediente T-5167109

Acción de tutela instaurada por la señora Marta, como agente oficiosa de su nieto Juan, contra Compensar EPS

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, siete (7) de abril de dos mil dieciséis (2016)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y siguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela adoptado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Une (Cundinamarca), dentro de la acción de amparo presentada por la señora Marta, como agente oficiosa de su nieto Juan, contra Compensar EPS.

I. ANTECEDENTES

1.1. Cuestión previa

Como se verá más adelante, la presente acción tiene por objeto la protección de los derechos fundamentales de un niño de cara a un posible conflicto familiar en el que se encuentran involucrados sus padres y abuelos, entre cuyos hechos se invocan datos sensibles relacionados con la intimidad. Por dicha razón, y en aras de proteger su privacidad, se emitirán respecto de este caso dos copias del mismo fallo, diferenciándose en que se sustituirán los nombres reales del niño y de los miembros de su familia, en aquella que se publique en la Gaceta de la Corte Constitucional.

1.2. Hechos relevantes

1.2.1. Los señores Patricia y José decidieron poner fin a la unión que sostenían, de la cual nació el menor Juan, actualmente de 8 años de edad. Luego de la separación, según se afirma en la demanda, el niño fue puesto bajo el cuidado de su abuela paterna, esto es, de la señora Marta, quien reside en el municipio de Une (Cundinamarca).

1.2.2. El menor se encuentra afiliado al Sistema de Seguridad en Salud en el régimen contributivo en la EPS Compensar, en donde tiene la condición de beneficiario de su progenitora.

1.2.3. De acuerdo con la abuela, quien actúa en calidad de agente oficioso, la citada EPS no tiene cobertura de servicio en el municipio de residencia de ella y del menor, por lo que se ha visto obligada, junto con su esposo, a sufragar en varias oportunidades la atención médica que el niño requiere, incluyendo los costos de traslado a la ciudad de Bogotá, cuando ello ha sido necesario, pese a que no cuenta con los recursos económicos para tal fin.

1.2.4. A partir de lo expuesto, se afirma que solicitó a la EPS accionada el 9 de octubre de 2014, la desafiliación del menor para proceder a vincularlo en la entidad promotora de salud en la cual ella se encuentra inscrita y que presta sus servicios en el municipio de residencia. Sin embargo, el 16 de diciembre del año en cita, en respuesta a este requerimiento, se le indicó que no era posible acceder a tal pretensión, ya que dicho trámite depende exclusivamente de la cotizante.

1.2.5. Por último, la accionante señala que le ha solicitado en varias oportunidades a la señora Patricia llevar a cabo el procedimiento de desafiliación y ésta se niega por no contar con el tiempo suficiente que demanda dicho trámite.

1.3. Solicitud de amparo constitucional

Con fundamento en los hechos descritos, actuando como abuela del menor y en condición de agente oficiosa, la señora Marta instauró la presente acción de tutela contra la EPS Compensar, con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del menor Juan, pues considera que la decisión de no permitir su

desafiliación, le impide a este último contar de manera oportuna con los servicios y coberturas que demanda en el municipio de residencia.

Por lo anterior, y como pretensiones específicas, se formulan las siguientes: (i) desafiliar al niño para que pueda ser vinculado a la EPS en la cual ella se encuentra inscrita y que presta sus servicios en el municipio de residencia; (ii) requerir a la cotizante para que realice los trámites de desafiliación del menor; e (iii) indicar la fecha y hora en la que se realizarán dichos trámites, con el fin de que se expida el correspondiente certificado de desafiliación.

1.4. Contestación de la demanda

La apoderada de Compensar EPS confirmó que el menor se encuentra afiliado a dicha entidad como beneficiario de su progenitora, por lo que la solicitud encaminada a la desafiliación no resulta viable, en la medida en que quien debe disponer de los beneficiarios es la persona que tiene la condición de cotizante. En tal virtud, planteó la improcedencia de la acción de tutela por falta de legitimación por pasiva, en tanto carece de la facultad para satisfacer las pretensiones de la accionante.

1.5. Pruebas aportadas al proceso

En el expediente obran los siguientes elementos de juicio: (i) copias de la cédula de ciudadanía de los padres y de la abuela del menor; (ii) copia de la tarjeta de identidad de este último; (iii) resultados de una consulta realizada en la base de datos del FOSYGA, en la que se reporta a Juan como afiliado a Compensar EPS, en estado activo y en calidad de beneficiario desde el 30 de abril de 2014; (iv) copia del Carné de Afiliación del niño a Cafam EPS en el régimen subsidiado y en estado inactivo; y finalmente, (v) copia de la petición

formulada el 9 de octubre de 2014 a Compensar EPS, en la que se solicita la desafiliación del menor.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN

2.1. Sentencia de primera y única instancia

El Juzgado Promiscuo Municipal de Uney, en fallo del 25 de mayo de 2015, decidió denegar el amparo solicitado con fundamento en las siguientes razones, en primer lugar, consideró que tiene razón la entidad accionada cuando afirma que quien tiene la posibilidad de adelantar el trámite de desafiliación es quien figura como cotizante, por lo que no le asiste ninguna responsabilidad a la EPS sobre dicha actuación; y en segundo lugar, señaló que la solicitud de la abuela de desvincularlo del régimen contributivo podría implicar una desmejora en la prestación de sus servicios de salud, si su intención es afiliarlo al régimen subsidiado, como sistema de coberturas al cual ella se encuentra actualmente inscrita.

III. REVISIÓN POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Sala es competente para revisar la decisión proferida en la acción de tutela de la referencia, con fundamento en lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 15 de octubre de 2015 proferido por la Sala de Selección Número Diez.

3.2. Actuaciones en sede de revisión

3.2.1. En Auto del 14 de enero de 2016, se libró oficio a la señora Patricia, adjuntando copia de la acción de tutela, del auto admisorio y del fallo de instancia, con miras a ser vinculada a este proceso y para que aportara la información que considerara pertinente para aclarar o complementar los hechos que dieron origen a la solicitud de amparo.

Inicialmente, en oficio del 2 de febrero de 2016, la Secretaría General de esta Corporación informó que el requerimiento enviado fue devuelto por la oficina de correo con la anotación “Dirección Errada”. Ante esta circunstancia, en Auto del día 8 del mes y año en cita, se dispuso librar nuevamente un oficio para que se entendiera vinculada al proceso, dirigido en

esta ocasión a la dirección confirmada con ella telefónicamente. A pesar de lo anterior, en el término concedido, guardó silencio sobre los hechos que originan la presente acción.

3.2.2. Por lo demás, en el Auto del 14 de enero de 2016, también se ofició a la señora Marta para que brindara la siguiente información: (i) las razones por las cuales asumió el cuidado de su nieto, (ii) la fecha desde la cual el menor se encuentra a su cargo; (iii) los documentos que demostraran la residencia del menor en el municipio de Une y (iv) la precisión sobre si se ha adelantado algún proceso tendiente a definir la custodia legal del menor.

En escrito fechado el 25 de enero de 2016, la accionante explicó que: “[D]esde que el niño nació [su] hijo José veía por el niño y asumió su cuidado”, “cuando el niño cumplió los cuatro (4) meses [su] hijo José lo [llevó] con él para Une, ya que vivía en Bogotá de común acuerdo con su compañera Patricia, quien accedió.”

Adicionalmente, indicó que cuida del menor desde el mes de marzo de 2008 y que, por decisión de los padres, fue a ella a quien se le asignó su cuidado. A lo anterior, anexó copia del registro civil de nacimiento y la tarjeta de identidad del menor. De igual forma aportó los certificados de calificaciones finales de los años 2014 y 2015, en donde se evidencia que está matriculado y asiste a la Institución Educativa Departamental Fidel Leal y Bernabé, Sede Concentración Urbana Alianza, en el municipio de Une.

3.2.3. Finalmente, en Auto del 8 de febrero de 2016, se libró oficio a Compensar EPS para que indicara si cuenta con cobertura del servicio de salud en el citado municipio, o en su defecto, si ha suscrito algún convenio con un municipio cercano.

En escrito del mes marzo de 2016, la EPS demandada reiteró que la señora Patricia se encuentra afiliada a dicha EPS y que entre sus beneficiarios figura el menor Juan. En relación con la prestación del servicio de salud, se manifestó que: “la familia del paciente Juan solicito [sic] para el municipio de UNE (CUNDINAMARCA), pero en dicho municipio no se tiene cobertura por lo cual se le asigno [sic] portabilidad desde el 01 de abril del 2015 en la (IPS) E.S.E. HOSPITAL SAN RAFAEL DE CAQUEZA ubicada en la AV 5 #5-80 del municipio de CAQUEZA aledaño al municipio solicitado para efectos de servicios”. Por último, indicó que no se ha solicitado asistencia alguna en salud para el menor.

3.3. Problema jurídico y esquema de resolución

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela y de la decisión adoptada por el respectivo juez de instancia, esta Corporación debe

determinar, en primer lugar, si se configura una violación de del derecho a la salud del menor Juan, como consecuencia de la decisión adoptada por la EPS Compensar, consistente en negar su desafiliación del Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo, con fundamento en que dicha determinación depende de la cotizante. Y, en segundo lugar, le compete a este Tribunal establecer, si efectivamente se presenta un problema de cobertura en la prestación de los servicios de salud a los que tiene derecho el citado menor, como lo alega la accionante, en perjuicio de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Para resolver los problemas jurídicos planteados, esta Sala se pronunciará inicialmente sobre los requisitos de procedencia de la acción de tutela; luego de lo cual abordará el examen del derecho a salud con énfasis en la portabilidad del servicio. Una vez agotado el examen de los asuntos propuestos, se procederá a la definición del caso concreto.

3.4. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

3.4.1. De la legitimación por activa

3.4.1.1. El artículo 86 de la Constitución determina que, como regla general, cualquier persona puede interponer la acción de tutela cuando considere que se le han vulnerado sus derechos fundamentales. Ahora bien, con miras a preservar el principio de autonomía, se entiende que el amparo debe ser promovido directamente por la persona afectada en sus derechos. No obstante, a manera de excepción, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 señala que un tercero puede agenciar los derechos de otro, “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa”.

De manera reiterada, este Tribunal ha dicho que para que proceda la agencia oficiosa en materia de tutela, es necesario que (i) se manifieste explícitamente que se está actuando en tal condición, y (ii) que se demuestre que la persona titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra imposibilitada para promover su propia defensa, ya sea por incapacidad física o mental, o por la existencia de un obstáculo insuperable para promover la acción[1]. En todo caso, es preciso señalar que en relación con el primer requisito, la jurisprudencia de la Corte ha flexibilizado su examen, bajo el entendido que se acepta la legitimación, siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que el agente actúa como tal. Así las cosas, si existe manifestación expresa o si de los hechos se

torna irrefutable que obra en dicha condición, el juez de tutela deberá analizar el cumplimiento del segundo requisito y determinar si, en el caso bajo estudio, las circunstancias particulares y concretas le impiden al titular de los derechos presuntamente vulnerados actuar por sí mismo.

3.4.1.2. Por lo demás, en tratándose de menores de edad, aun cuando ellos pueden actuar directamente en ejercicio del amparo constitucional[2], en virtud de la patria potestad que detentan sus padres, nada obsta para que estos últimos actúen en ejercicio de su representación judicial, tal como lo admite el artículo 44 del Texto Superior y lo desarrolla el artículo 306 del Código Civil[3]. Aunado a lo anterior, si bien el citado precepto constitucional establece que cualquier persona puede exigir la intervención de una autoridad competente para proteger los derechos de los niños, el alcance de dicha atribución ha sido objeto de aclaración por la Corte en los siguientes términos:

“En aquellos [casos] en que se busca la protección de los derechos fundamentales de los niños, la agencia oficiosa sólo será procedente cuando sus padres o, en ausencia de ellos, sus representantes legales, primeros llamados a su protección, estén imposibilitados física o mentalmente para representarlos o cuando, pudiendo hacerlo, no acudan en su defensa. Esta subregla se deriva, por una parte, del reconocimiento que como derecho fundamental le otorga la Constitución a la honra, a la dignidad y a la intimidad de la familia (CP arts. 15 y 42), aunado al rol que se prevé para dicha institución como motor para la protección, amparo y desarrollo de sus integrantes (CP arts. 5, 42 y 44). Y, por la otra, responde a la lógica misma del Decreto 2591 de 1991, en donde la legitimación por activa de la acción de tutela, se sujeta a la actuación del titular del derecho fundamental vulnerado o amenazado, directamente o a través de sus representantes, y sólo en aquellos casos en que ello no resulte posible, habilita el actuar del agente oficioso, tal como ya se explicó. Incluso, el artículo 44 del Texto Superior, sujeta la obligación de asistir y proteger al niño, por virtud del cual cualquier persona ‘puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores’, a un orden lógico de actuación, esto es, en primer lugar, la familia; y en segundo término, la sociedad y el Estado.”[4]

3.4.1.3. En el caso concreto, se advierte que la acción de tutela no es promovida por el menor, ni por sus padres, como directos responsables en la protección de sus derechos. Por el contrario, aun cuando el amparo se dirige contra la EPS Compensar, en cierta medida

también se cuestiona la actuación de la señora Patricia, madre del niño, por el hecho de no haber autorizado el trámite de desafiliación, según se afirma en la demanda, por la falta de tiempo para poder adelantar dicho proceso.

Lo anterior implica examinar el cumplimiento del requisito de la legitimación por activa en el escenario de la agencia oficiosa. Para el efecto, esta Sala encuentra que en atención a la edad del menor[5], es razonable que un tercero promueva la defensa de sus derechos, ya que se entiende que su estado de formación no le brinda todavía la solvencia necesaria para entender el alcance de sus garantías constitucionales y de las herramientas dispuestas para impulsar su protección. De lo anterior se infiere que, en principio, se satisfacen los requisitos de la agencia oficiosa, pues se hace evidente que la señora Marta, abuela del menor, actúa en tal condición y suple las barreras de edad que aún dificultan la posibilidad de que el niño ejercite directamente el amparo de sus derechos.

Ahora bien, esta intervención también se ajusta a los requisitos que se derivan del artículo 44 del Texto Superior, en el que se consagra un orden lógico de actuación con miras a realizar la obligación de asistir y proteger al niño, al tiempo que se aseguran los mandatos constitucionales de intimidad y privacidad del núcleo familiar[6]. En este sentido, se observa que a pesar de que la acción no se ejercita por los representantes legales, como primeros llamados a impulsar la defensa de los derechos de los niños, en su lugar lo hace un miembro de su familia y con el cual existe un grado cercano de proximidad, pues en la práctica y según los elementos de juicio con los que se cuenta, es quien detenta en la actualidad su cuidado, esto es, se trata de la persona que le asiste en su guarda, vigilancia y atención.

Dicha intermediación es la que explica que la agencia resulte procedente, ya que quien actúa en defensa de los derechos del menor Juan, lo hace bajo el supuesto de la falta de actuación de sus padres, siguiendo la estructura lógica de amparo de sus derechos que le impone a la familia brindar su apoyo y protección (CP art. 44), con el conocimiento directo que le otorga el hecho de tener a su cargo su cuidado, e incluso cuestionando, así sea de forma indirecta, la actuación de la madre del niño.

3.4.2. De la legitimación por pasiva

3.4.2.1. El artículo 86 del Texto Superior establece que la acción de tutela tiene por objeto

la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o por el actuar de particulares en los casos previstos en la Constitución y en la ley. En este último caso, el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 establece que: “la acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: (...) 2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”.

En este contexto, según lo ha señalado de manera reiterada la Corte, en lo que respecta a esta modalidad de legitimación es necesario acreditar dos requisitos, por una parte, que se trate de uno de los sujetos respecto de los cuales procede el amparo; y por la otra, que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho fundamental se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión[7].

3.4.2.2. Vistas las pretensiones de la demanda de tutela, se observa que el primer problema jurídico planteado, por virtud del cual se alega la violación del derecho a la salud del menor Juan, relacionado con que la EPS Compensar negó su desafiliación del régimen contributivo, con fundamento en que dicha decisión depende de la cotizante, se trata de un debate en el que no existe un nexo de causalidad en relación con el comportamiento asumido por la citada EPS, como a continuación se demostrará.

Para comenzar se destaca que el Sistema General de Seguridad Social en Salud opera a través de dos esquemas de aseguramiento: el régimen contributivo y el régimen subsidiado. Deben afiliarse al primer régimen las personas sujetas a un contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Por su parte, en lo que corresponde al régimen subsidiario, la condición de afiliados se otorga a la población más pobre y vulnerable del país, que carece de la capacidad de pago necesaria para asumir el monto total de una cotización[8].

Como efecto de la vinculación al sistema, se otorga a los afiliados un régimen de beneficios, en el que se incluye la posibilidad de extender su cobertura a familiares y personas cercanas. Por esta razón, el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 218 de la Ley 1753 de 2015, le otorga la calidad de beneficiarios a los siguientes sujetos:

a) El cónyuge.

b) A falta de cónyuge la compañera o compañero permanente.

c) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado.

d) Los hijos de cualquier edad si tienen incapacidad permanente y dependen económicamente del afiliado.

e) Los hijos del cónyuge o compañero permanente del afiliado que se encuentren en las situaciones definidas en los numerales e) <sic c)> y d) del presente artículo.

f) Los hijos de beneficiarios y hasta que dichos beneficiarios conserven su condición.

g) Las personas identificadas en los literales e) <sic c)>, d) y e) del presente artículo que están a cargo del afiliado familiar hasta el tercer grado de consanguinidad como consecuencia del fallecimiento o la ausencia de sus padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos.

h) A falta de cónyuge o compañera o compañero permanente y de hijos, los padres del afiliado que no estén pensionados y dependan económicamente de este.

i) Los menores entregados en custodia legal por la autoridad competente.

Parágrafo 1.- Se entiende que existe dependencia económica cuando una persona recibe de otra los medios necesarios para su subsistencia. En el caso de los hijos entre los 18 y 25 años se presumirá su incapacidad económica sino se encuentran cotizando directamente como dependientes o independientes. (...)”.

Con el fin de vincular a un beneficiario al Sistema General de Seguridad Social en Salud, según se dispone en el Decreto 806 de 1998[9], es preciso que el afiliado realice su inscripción ante la EPS, a través de la suscripción de un formulario especial previsto para tal efecto[10]. De esta manera, la individualización del grupo familiar del afiliado se sujeta a la inscripción que este último realiza, quien también tiene el deber de excluir a aquellas personas respecto de las cuales desaparecen los supuestos que permitían su inclusión

dentro de la denominada cobertura familiar, como ocurriría, por ejemplo, cuando se supera el rango de edad a favor de los hijos sin una incapacidad permanente[11] o cuando existe un nuevo vínculo conyugal o de hecho que otorgue la protección a favor de una nueva pareja de vida[12].

De esta manera, no cabe duda de que la definición inicial acerca de quién tiene la condición de beneficiario depende del afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, siempre que se cumplan con las condiciones previstas en la ley y en el reglamento[13]. Una vez ello ocurra, la persona adquiere una vocación de permanencia con el sistema y su desafiliación por parte de una EPS sólo puede operar de forma excepcional, esto es, según las causales taxativas consagradas en el ordenamiento jurídico.

Dichas causales se encuentran previstas en el Decreto 2400 de 2002, en los términos que a continuación se exponen:

“Artículo 10. Desafiliación. Procederá la desafiliación a una EPS en los siguientes casos: a) Transcurridos tres (3) meses continuos de suspensión de la afiliación por causa del no pago de las cotizaciones o del no pago de la UPC adicional, al Sistema General de Seguridad Social en Salud[14].

b) Cuando el trabajador dependiente pierde tal calidad e informa oportunamente a la entidad promotora de salud, EPS, a través del reporte de novedades que no tiene capacidad de pago para continuar afiliado al Régimen Contributivo como independiente; la novedad de retiro informada a través del formulario de autoliquidación hace presumir la pérdida de capacidad de pago del trabajador retirado.

c) Cuando el trabajador independiente pierde su capacidad de pago e informa a la entidad promotora de salud, EPS, tal situación, a través del reporte de novedades o en el formulario de autoliquidación.

d) Para los afiliados beneficiarios, cuando transcurran tres meses de suspensión y no se entreguen los soportes de la afiliación requeridos por la entidad promotora de salud, EPS, en los términos establecidos en el presente decreto.

e) En caso de fallecimiento del cotizante, también se producirá la desafiliación de sus

beneficiarios, salvo que exista otro cotizante en el grupo familiar, caso en el cual quedará como cabeza de grupo.

f) Cuando la Entidad Promotora compruebe la existencia de un hecho extintivo de la calidad de afiliado, cuya novedad no haya sido reportada. [[15]]

g) Cuando la Superintendencia Nacional de Salud defina quejas o controversias de multiafiliación.

h) En los demás casos previstos en el Decreto 1485 de 1994 artículo 14 numeral 7.”

De acuerdo con esta última disposición, las EPS pueden terminar de manera unilateral la relación contractual con sus afiliados, cuando exista prueba de que el usuario ha utilizado o intentado utilizar los beneficios que le ofrece el Sistema General de Seguridad Social en Salud de forma abusiva o de mala fe. Ello ocurre, entre otras, en las siguientes hipótesis: (i) cuando se solicita u obtiene “para sí o para un tercero, por cualquier medio, servicios o medicamentos que no sean necesarios”; (ii) cuando se solicita u obtiene “la prestación de servicios (...) a personas que legalmente no tengan derecho a ellos”; (iii) cuando se suministra “a las entidades promotoras o prestadoras de servicios, en forma deliberada, información falsa o engañosa”, y (iv) cuando se utilizan “mecanismos engañosos o fraudulentos para obtener beneficios del sistema o tarifas más bajas de las que le corresponderían y eludir o intentar eludir por cualquier medio la aplicación de pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles.”

Por fuera de estas causales taxativas no cabe la posibilidad de que una EPS pueda desafiliar a un usuario de sus servicios, de suerte que cualquier modificación, cambio o alteración que se pretenda o quiera realizar sobre las personas que tienen la condición beneficiarios y, en general, sobre la composición del núcleo familiar, dependerá de forma exclusiva del afiliado al sistema, como previamente se expuso.

En todo caso, la desafiliación se somete a un procedimiento reglado en el Decreto 1703 de 2002, que en términos generales le impone a la EPS el deber de enviar de manera previa a la última dirección del afiliado, con una antelación no menor a un mes, una comunicación por correo certificado en donde se señale con precisión la causal y las razones que motivan dicha decisión, indicando la fecha desde la cual se hará efectiva[16]. El usuario puede, de

existir controversia, acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para que ésta resuelva de plano en un término máximo de 30 días calendario[17].

3.4.2.3. Como se deriva de los hechos del caso, la señora Patricia, madre del menor, se encuentra cotizando al Sistema de Seguridad Social en Salud en el régimen contributivo como trabajadora dependiente. Su afiliación se realizó con la EPS Compensar, en la cual se incluyó en calidad de beneficiario a su hijo de 8 años, esto es, al niño Juan, en virtud de lo previsto en el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, que regula el régimen de cobertura familiar. En efecto, según se dispone en el literal c) de la norma en cita, “el núcleo familiar del afiliado cotizante, estará constituido por: (...) Los hijos hasta que cumplan los veinticinco (25) años de edad que dependen económicamente del afiliado”.

En la medida en que los gastos de crianza de los hijos comunes corresponden a ambos padres, sin importar la disolución del vínculo que los unía[18], nada obsta para que sea la madre del menor la que tenga a su cargo su inscripción dentro del Sistema de Seguridad Social en Salud, sobre todo cuando no se aportó al proceso documento alguno que certificara el régimen de custodia del niño, pese al requerimiento realizado en sede de revisión, con el propósito de examinar los acuerdos o las reglas que se hayan fijado para distribuir las obligaciones de cuidado del menor. Por lo demás, vista la información que consta en el RUAF, el señor José se encuentra afiliado al SGSSS[19], en el régimen subsidiado, desde el mes de agosto de 2015. Este último punto goza de especial trascendencia sí se tienen en cuenta las reglas de afiliación al sistema.

Ahora bien, respecto de la pretensión formulada por la abuela, aun cuando ella tendría la posibilidad de incluir al menor dentro de su núcleo familiar, como lo dispone el artículo 163 de la Ley 100 de 1993, ello se sujeta al “fallecimiento o la ausencia de los padres o la pérdida de la patria potestad por parte de los mismos” o al menos a que le sea entregado “en custodia legal por la autoridad competente”. Ninguno de estos supuestos fueron acreditados a lo largo del proceso, en el que –por el contrario– se percató la existencia de una controversia familiar sobre el régimen de custodia del menor, el cual, al parecer, no ha sido cabalmente definido, circunstancia que escapa a las competencias propias del juez de amparo, como se deriva del artículo 86 del Texto Superior, a menos que, como lo ha señalado la jurisprudencia de la Corte, se esté en presencia de una situación que amenaza la integridad física o psicológica del niño, en cuyo caso la tutela procede de manera

transitoria[20], o se controvierte la decisión adoptada sobre dicho régimen en sede administrativa o judicial, ante la existencia de una irregularidad que lesione el derecho fundamental al debido proceso[21].

En un contexto general, este Tribunal ha sostenido que:

“[La] definición de la custodia provisional y definitiva de un menor escapa del resorte de competencia del juez constitucional, como quiera que en el ordenamiento jurídico existe una serie de trámites administrativos y judiciales eficaces, a través de los cuales se puede desatar ese tipo de pretensiones, con garantía del debido proceso, amplio espacio para la práctica y valoración de pruebas y participación de agentes del ministerio público en calidad de garantes de los derechos fundamentales de los niños, de suerte que la acción de tutela deviene improcedente para estos efectos. // A los jueces de familia corresponde conocer, en única instancia, de los asuntos relacionados con la custodia y cuidado personal, visita y protección legal de los menores, mediante el proceso verbal sumario. // Sin embargo, en los casos en que se advierta (i) la falta de idoneidad del medio ordinario para proteger los derechos fundamentales afectados, o (ii) que el menor se encuentra en una situación que amenaza su integridad física o psicológica, la acción de tutela resulta procedente de manera excepcional.”[22]

En el asunto sometido a decisión no se presenta ninguno de los escenarios previamente mencionados, en primer lugar, porque no se cuestiona decisión alguna que se haya adoptado por las autoridades competentes respecto del régimen de custodia; y, en segundo lugar, porque no se advierte una situación de amenaza frente a la integridad física o psicológica del niño, más aún cuando éste se encuentra activo en su vinculación al régimen de salud en calidad de beneficiario de su progenitora, y según afirma la EPS, no ha solicitado reciente-mente servicio alguno de salud.

3.4.2.4. Visto lo anterior, no admite discusión que la inscripción del menor Juan al SGSSS en el régimen contributivo, en calidad de beneficiario de la señora Patricia, se realizó de acuerdo con la normatividad vigente sobre la materia[23]. De ahí que, cualquier cambio o modificación en la composición del núcleo familiar debe pasar por el reporte que sobre la existencia de una novedad realice el afiliado cotizante[24], sin que pueda la EPS disponer la desafiliación, de oficio o por solicitud de terceros, por fuera de las causales taxativas

previstas en el ordenamiento jurídico.

Precisamente, en el asunto sub-judice, no se acredita ninguna de las causales de desafiliación consagradas en el Decreto 2400 de 2002, ni en el Decreto 1485 de 1994, por las cuales la EPS Compensar estuviese autorizada para retirarle al menor la condición de beneficiario de la señora Patricia. Por el contrario, como ya se dijo, la disputa que al final se presenta tiene que ver con el régimen definitivo de custodia del menor, asunto que debe resolverse ante las autoridades administrativas o judiciales competentes, ante la carencia de una hipótesis de amenaza frente a la integridad física o psicológica del niño. Lo anterior se realiza cuando entre las pretensiones que se formulan se incluye la de requerir a la cotizante para que realice los trámites de desafiliación, competencia que no le asiste a la EPS, y que tampoco se encuadra dentro de las facultades generales del juez de tutela.

Por todo lo anterior, se concluye que no existe razón o motivo alguno para excluir al menor de la condición de beneficiario del sistema de salud en el régimen contributivo, con ocasión de la inscripción realizada por su progenitora, al amparo de lo previsto en el artículo 35 del Decreto 806 de 1998. De igual manera también es claro que dicha inscripción, en el caso en concreto, escapa al régimen de competencias de la EPS, quien sólo puede desafiliar a un usuario del sistema por las causales taxativas previstas en el ordenamiento jurídico, ninguna de las cuales se acreditó en el asunto sometido a revisión.

Para la Corte, es innegable entonces que le asiste razón a la EPS Compensar cuando se negó a desafiliar al menor del régimen contributivo, al considerar que dicha determinación depende de la cotizante, circunstancia por la cual, efectiva-mente puede entenderse que no se acredita la legitimación por pasiva respecto de esta pretensión, por cuanto la causa que se invoca como generadora de la supuesta vulneración del derecho a la salud, corresponde a una decisión que escapa del ámbito de competencia de la EPS, al no estar de por medio ninguna de las cuales que permiten desafiliar a un beneficiario del sistema. De esta manera, el examen que a continuación se realizará, se enfocará exclusivamente en el segundo problema jurídico planteado, esto es, si en efecto se presenta un problema de cobertura en la prestación de los servicios de salud, en perjuicio de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del menor Juan.

3.4.3. De la inmediatez

3.4.3.1. La procedibilidad de la acción de tutela también exige que su interposición se haga dentro de un plazo razonable, contabilizado a partir del momento en el que se generó la vulneración o amenaza de un derecho fundamental, de manera que el amparo responda a la exigencia constitucional de ser un instrumento judicial de aplicación inmediata y urgente (CP art. 86), con miras a asegurar la efectividad concreta y actual del derecho objeto de violación o amenaza[25]. Este requisito ha sido identificado por la jurisprudencia de la Corte como el principio de inmediatez[26].

En criterio de este Tribunal, si con la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos fundamentales, es imprescindible que su ejercicio tenga lugar dentro del marco de ocurrencia de su amenaza o violación. Una actuación en sentido contrario, desvirtúa el alcance jurídico dado por el Constituyente a la acción, pues cuando el accionante no actúa con prontitud en la solicitud del amparo, se infiere que éste no requiere de una protección urgente, efectiva e inmediata, más allá de que también pueda convertirse en un factor de inseguridad jurídica y de posible afectación de los derechos de terceros[27].

3.4.3.2. En relación con el caso objeto de estudio, se tiene la agente oficiosa instauró la acción de tutela el 8 de mayo de 2015, mientras que la decisión por la cual se negó la desafiliación y que, en general, origina la solicitud de amparo, se produjo el 16 de diciembre de 2014. Como se observa, transcurrió aproximadamente cinco meses después de la negativa de la EPS, término que se ajusta a las reglas de razonabilidad que explican la procedencia del amparo.

3.4.4. De la subsidiariedad

3.4.4.1. Tal y como lo ha expuesto esta Corporación en su jurisprudencia[28], los artículos 86 del Texto Superior y 6 del Decreto 2591 de 1991, establecen el carácter subsidiario y residual de la acción de tutela, que puede ser instaurada por cualquier persona ante la vulneración o amenaza de sus derechos fundamentales, bajo las siguientes condiciones: (i) que no exista otro medio judicial a través del cual se pueda resolver el conflicto relacionado con la vulneración del derecho fundamental alegado; (ii) que aun existiendo otras acciones, éstas no resulten eficaces o idóneas para la protección del derecho reclamado; o (iii) que siendo estas acciones un remedio integral, resulte necesaria la intervención

transitoria del juez de tutela, con el fin de evitar la consumación de un perjuicio irremediable[29].

A partir de lo expuesto, este Tribunal ha sostenido que no cabe una valoración genérica del medio ordinario de defensa judicial, pues en abstracto cualquier mecanismo puede considerarse eficaz, dado que la garantía mínima de todo proceso es el respeto y la protección de los derechos constitucionales. Por esta razón, la jurisprudencia ha establecido que la eficacia de la acción ordinaria sólo puede prodigarse en atención a las características y exigencias propias del caso concreto, de modo que se logre la finalidad de brindar la plena e inmediata protección de los derechos específicos involucrados en cada asunto[30].

3.4.4.2. En materia de salud, las Leyes 1122 de 2007 y 1438 de 2011 otorgaron a la Superintendencia Nacional de Salud facultades jurisdiccionales para decidir, con las atribuciones propias de un juez, algunas controversias entre las EPS (o las entidades que se les asimilen) y sus usuarios. Específicamente, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007[31], señala las materias sobre las cuales la citada autoridad tiene competencia, sin que dentro de las mismas se incluyan aspectos relacionados específicamente con los problemas de cobertura espacial o territorial de los servicios de salud, controversia sobre la cual recae la presente acción de tutela, de acuerdo con la delimitación realizada en líneas anteriores[32].

Por lo anterior, la única vía que quedaría sería la de acudir al proceso ordinario laboral, bajo el entendido de que a dicha jurisdicción le corresponde conocer de “las controversias relativas a la prestación de los servicios de la seguridad social que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, salvo los de responsabilidad médica y los relacionados con contratos.”[33] Sin embargo, como ya se dijo, la idoneidad del citado medio debe examinarse en el caso en concreto, para establecer si el mismo resulta eficaz para solventar el conflicto puesto a consideración del juez constitucional.

En este orden de ideas, respecto del asunto bajo examen, se considera por esta Sala de Revisión que el amparo constitucional es procedente, ya que el medio ordinario no resulta idóneo para brindar una solución integral frente a los derechos comprometidos, si se

tiene en cuenta que la discusión gira en torno a la supuesta falta de cobertura del servicio de salud en el municipio en el que reside el menor de 8 años, a favor de quien se promueve el amparo, generando una situación de riesgo que amenaza sus derechos fundamentales a la vida y a la salud. En este escenario, según se alega, la accionante se ha visto obligada a sufragar en varias oportunidades la atención médica que el niño requiere, incluyendo costos de traslado a la ciudad de Bogotá, a pesar de no contar con los recursos económicos necesarios para tal fin.

De esta manera, se está en presencia de un problema de accesibilidad y disponibilidad en salud, que repercute en la salvaguarda de los derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional (CP art. 44), circunstancia que torna procedente al amparo propuesto, sobre todo cuando lo que está en juego es la cobertura misma del sistema[34]. Por lo anterior, se continuará con el examen de los aspectos de fondo que fueron enunciados en el acápite 3.3 de esta providencia.

3.5. Del derecho fundamental a la salud: elementos y principios

3.5.1. La Constitución Política de Colombia, en el artículo 48, al referirse a la seguridad social, la describe como “un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad en los términos que establezca la ley. // Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social”. Con posterioridad, al pronunciarse sobre el derecho a la salud, el artículo 49 dispone que:

“La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley (...).”.

En numerosas oportunidades y ante la complejidad que plantean los requerimientos de atención en los servicios de salud, la jurisprudencia de este Tribunal se ha referido a sus dos facetas: por un lado, su reconocimiento como derecho y, por el otro, su carácter de servicio público[35].

3.5.2. En cuanto a los elementos que rigen el derecho fundamental a la salud, según la Ley 1751 de 2015[39], la Corte ha destacado que se trata de aquellos componentes esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Así, en la Sentencia C-313 de 2014[40], se indicó que:

“[A] partir de dichos elementos se configura el contenido esencial del derecho, el cual aparece como un límite para las mayorías, de tal modo que decisiones del principio mayoritario que cercenen alguno de estos elementos pueden eliminar el derecho mismo y por ello deben ser proscritas del ordenamiento jurídico. // Por lo que tiene que ver con la interrelación, estima la Corte que es perfectamente explicable, dado que la afectación de uno de los 4 elementos, pone en riesgo a los otros y, principalmente, al mismísimo derecho. Si bien es cierto, se trata de elementos distinguibles desde una perspectiva teórica, todos deben ser satisfechos para lograr el goce pleno del derecho”.

De conformidad con lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud incluye los siguientes elementos esenciales: la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad y la calidad e idoneidad profesional[41].

Más allá de que cada uno de estos elementos identifica aspectos esenciales del derecho y que constituyen la fuente de las obligaciones del Estado y de otros actores del sistema, no deben entenderse como parámetros independientes, pues de su interrelación depende la efectiva garantía del derecho a la salud. De forma específica, en relación con cada uno de ellos, se ha dicho que: (i) la disponibilidad implica que el Estado tiene el deber de garantizar la existencia de medicamentos esenciales, agua potable, establecimientos, bienes, servicios, tecnologías, instituciones de salud y personal profesional competente para cubrir las necesidades en salud de la población; (ii) la aceptabilidad hace referencia a que el sistema de salud debe ser respetuoso de la diversidad de los ciudadanos, prestando el servicio adecuado a las personas en virtud de su etnia, comunidad, situación sociocultural, así como su género y ciclo de vida.

Por su parte, (iii) la accesibilidad corresponde a un concepto mucho más amplio que incluye el acceso sin discriminación por ningún motivo y la facilidad para acceder físicamente a las prestaciones de salud, lo que a su vez implica que los bienes y servicios estén al alcance geográfico de toda la población, en especial de grupos vulnerables. De igual manera, se plantea la necesidad de garantizar la accesibilidad económica y el acceso a la información.

Finalmente, (iv) la calidad se vincula con la necesidad de que la atención integral en salud sea apropiada desde el punto de vista médico y técnico, así como de alta calidad y con el personal idóneo y calificado que, entre otras, se adecue a las necesidades de los pacientes y/o usuarios.

3.5.3. En lo que atañe a los principios que se vinculan con la realización del derecho a la salud, desde el punto de vista normativo, se destacan, entre otros, los siguientes: universalidad, pro homine, equidad, continuidad, oportunidad, prevalencia de derechos, progresividad, libre elección, solidaridad, eficiencia e interculturalidad[42].

Específicamente la universalidad está relacionada con que toda persona pueda recibir la atención en salud que requiera durante todas las etapas de su vida. La interrelación de este principio con los elementos esenciales de disponibilidad y accesibilidad implican la obligación de que los servicios que brinda el SGSSS se brinden en todo el territorio nacional, sin perjuicio de la empresa u operador a la cual se encuentra afiliado el usuario.

Lo anterior ha sido identificado como el derecho a la portabilidad en salud, cuyo desarrollo inicial se realizó en la Ley 1438 de 2011, como un medio para garantizar el carácter irrenunciable del citado derecho fundamental, el cual exige un acceso oportuno y de calidad a los servicios que se requieran para alcanzar el mejor nivel de salud posible, como a continuación se explicará.

3.6. De la portabilidad nacional en el servicio de salud

3.6.1. La Ley 1438 de 2011 se profirió con el objeto de fortalecer el Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluyendo dentro de su ámbito regulatorio un conjunto de normas dirigidas a garantizar la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país y la preservación de la sostenibilidad financiera del sistema[43]. Como consecuencia de lo anterior, el artículo 22

de la citada ley definió la portabilidad nacional como la obligación les asiste a todas las Entidades Promotoras de Salud de garantizar el acceso a sus servicios en todo el territorio nacional. Al respecto, la norma en cita establece que:

“Artículo 22. Portabilidad nacional. Todas las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y Entidades Promotoras de Salud. Las Entidades Promotoras de Salud podrán ofrecer los planes de beneficios en los dos regímenes, preservando los atributos de continuidad, longitudinalidad, integralidad, y adscripción individual y familiar a los equipos básicos de salud y redes integradas de servicios. // El acceso a la atención de salud será a través de la cédula de ciudadanía u otro documento de identidad.”

De esta manera, el concepto de la portabilidad se convierte en una regla que orienta la prestación del servicio de salud, que implica que las EPS tienen el deber de garantizar el acceso a dicho servicio en todo el territorio nacional, permitiéndoles a sus usuarios recibir la atención en salud requerida sin importar en que parte del país se encuentren.

3.6.2. Con posterioridad, el Decreto 1683 de 2013 que reglamentó el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, definió a la portabilidad como: “la garantía de la accesibilidad a los servicios de salud, en cualquier municipio del territorio nacional, para todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud que emigre del municipio domicilio de afiliación o de aquel donde habitual-mente recibe los servicios de salud, en el marco de las reglas previstas en el presente decreto.”

Adicionalmente, se estableció que las EPS deberán garantizar el acceso a los servicios de salud de un afiliado, en un municipio distinto a aquél en el cual recibía habitualmente dichos servicios, cuando se presente una emigración ocasional, temporal o permanente, o una dispersión del núcleo. Estos conceptos se encuentran descritos de la siguiente manera:

“Emigración ocasional: Entendida como la emigración por un período no mayor de un (1) mes, desde el municipio donde habitualmente se reciben los servicios de salud en una IPS primaria a uno diferente dentro del territorio nacional.

En este evento, todas las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud que cuenten con servicios de urgencias, deberán brindar la atención de urgencias, así como la posterior a esta que se requiera, independientemente de que hagan parte o no de la red de la respectiva EPS. Las Entidades Promotoras de Salud, reconocerán al prestador los costos de dichas atenciones, conforme a la normatividad vigente.

Cuando se trate de pacientes en condición de emigración ocasional que solicitan atención en salud en un servicio de urgencias, ante una IPS debidamente habilitada para prestarlas, esta atención no podrá negarse con el argumento de no tratarse de una urgencia.

Emigración temporal: Cuando el afiliado se traslade de su domicilio de afiliación a otro municipio dentro del territorio nacional por un período superior a un (1) mes e inferior a doce meses (12), la EPS deberá garantizarle su adscripción a una IPS primaria en el municipio receptor y a partir de esta, el acceso a todos los servicios del Plan Obligatorio de Salud en la red correspondiente.

Emigración permanente: Cuando la emigración sea permanente o definitiva para todo el núcleo familiar, el afiliado deberá cambiar de EPS, afiliándose a una que opere el respectivo régimen en el municipio receptor. Cuando la emigración temporal supere los doce (12) meses, esta se considerará permanente y el afiliado deberá trasladarse de EPS o solicitar una prórroga por un año más, si persisten las condiciones de temporalidad del traslado.

Cuando el afiliado al Régimen Subsidiado emigre permanentemente y opte por cambio de EPS, su afiliación en el municipio receptor se hará con base en el nivel Sisbén establecido para su anterior afiliación, hasta tanto el municipio receptor practique una nueva encuesta, lo cual en ningún caso podrá afectar la continuidad del aseguramiento.

Dispersión del núcleo familiar: Cuando por razones laborales, de estudio, o de cualquier otra índole, cualquiera de los integrantes del núcleo familiar afiliado, fije su residencia en un municipio del territorio nacional distinto del domicilio de afiliación donde reside el resto del núcleo familiar, dicho integrante tendrá derecho a la prestación de los servicios de salud a cargo de la misma Entidad Promotora de Salud, en el municipio donde resida, sin importar que la emigración sea temporal o permanente.”[44]

Finalmente, el artículo 6 del Decreto 1683 de 2013 establece las reglas de procedimiento

que deberán seguir las EPS y los afiliados para garantizar la portabilidad. Inicialmente se señala que todas las Entidades Promotoras de Salud deben contar en su página web con información sobre la materia y su regulación, sin perjuicio de la posibilidad del usuario de solicitarla, a través de los canales de comunicación que la entidad disponga para ello, sin que sea necesario exigir la presentación personal del afiliado. Una vez se formalice una solicitud de portabilidad, en los siguientes diez días hábiles la EPS deberá dar respuesta indicando la IPS asignada para la prestación del servicio. Por último, hasta tanto se traslade la historia clínica al municipio receptor, la EPS seguirá obligada a suministrar la información médica necesaria[45].

3.6.3. Sobre la portabilidad la Corte se ha pronunciado en tres oportunidades a través de fallos de tutelas. En un primer momento, en la Sentencia T-627 de 2011[46], se hizo una aproximación al alcance de la portabilidad nacional, en los siguientes términos: (i) inicialmente se señaló que dicha figura opera como uno de los elementos de fortalecimiento del SGSSS; (ii) al mismo tiempo que se actúa como una de las herramientas necesarias “para orientar al sistema en la generación de condiciones que protejan el derecho a la salud de la población”. Por lo demás, (iii) aun cuando su reconocimiento se consagra en el artículo 22 de la Ley 1438 de 2011, su desarrollo normativo también se encuentra en el artículo 61 de la citada ley, en el cual se dispone que: “las entidades promotoras de salud deberán garantizar y ofrecer a sus afiliados servicios con portabilidad a través de las redes integradas de servicios de salud”.

Posteriormente, en la Sentencia T-856 de 2012[47], este Tribunal hizo referencia a los servicios que deben autorizar las Entidades Promotoras de Salud en virtud de la portabilidad nacional, sobre lo cual concluyó que, en principio, “la garantía (...) introducida por la Ley 1438 de 2011 les permite a los afiliados al sistema de seguridad social en salud, ya sean del régimen contributivo o subsidiado, acceder a los planes de salud POS que deben ser garantizados por las EPS en cualquier parte del territorio nacional.” Ahora bien, cuando se trata de servicios excluidos del POS, expuso que la portabilidad obliga de manera genérica a “garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional” por lo que “las EPS están obligadas a apoyar a sus afiliados cuando estos requieran de un servicio excluido del POS”.

En ambas sentencias, la Corte señaló que la garantía de la portabilidad nacional tiene una

estrecha relación con la accesibilidad, entendida como uno de los elementos esenciales del derecho a la salud, por cuanto contribuye a superar las barreras geográficas que impiden el acceso a los servicios de los cuales depende la salvaguarda de la vida e integridad de los usuarios.

Finalmente, en la Sentencia T-320 de 2013[48], la Sala consideró que el concepto de la portabilidad no solo está vinculado con el elemento de la accesibilidad, sino que también tiene una estrecha relación con los principios orientadores de la universalidad y progresividad, en la medida en que tiene como propósito garantizar “que exista cada vez una mayor cobertura en salud y asegurar un carácter progresivo en la prestación del servicio”.

De igual manera, en esa oportunidad se manifestó que si bien las Entidades Promotoras de Salud tienen la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud de sus afiliados en todo el territorio nacional, esto no excluye la posibilidad de que se impongan algunas cargas soportables y razonables en términos de accesibilidad, por ejemplo, en aquellos casos en los que existen municipios geográficamente cercanos cuya cobertura se puede realizar a través de la unificación de centros de atención y la disponibilidad permanente de ambulancias. Al respecto, se dijo que:

“[La] Sala encuentra que (...) [la portabilidad] se fundamenta en los principios de universalidad y progresividad, ya que tiene como finalidad garantizar que exista cada vez una mayor cobertura en salud y asegurar un carácter progresivo en la prestación del servicio. Desde esta perspectiva, es claro que, las Entidades Promotoras de Salud, sin importar si son del régimen contributivo o subsidiado, o si hacen parte de algún régimen exceptuado, tienen la obligación de garantizar el acceso a los servicios de salud de sus afiliados en todo el territorio nacional, más allá de que se puedan imponer algunas cargas soportables que resulten razonables en términos de accesibilidad, por ejemplo, cuando existen municipios geográfica-mente cercanos cuya cobertura se puede realizar a través de la unificación de centros de atención y la disponibilidad permanente de ambulancias, o cuando el costo de la tecnología o lo dispendioso de su traslado impide que todas las instituciones de salud cuenten con el mismo inventario de servicios y alternativas médicas, en donde adquiere trascendencia la cobertura que el sistema brinda en gastos de transporte.”

3.6.4. En síntesis, la portabilidad en el servicio de salud es una figura derivada de los principios de universalidad y progresividad, así como de los elementos de accesibilidad y disponibilidad, que garantiza al afiliado una cobertura del sistema de salud en todo el territorio nacional, aun cuando se haya trasladado temporal, ocasional o permanentemente de su lugar de residencia. La garantía de este derecho podrá ser solicitada por el usuario a la EPS cuando se requiera y no excluye la posibilidad de que se le autorice la atención en un municipio cercano, siempre que ello implique una carga soportable, entre otras, a partir de las circunstancias específicas en la que se encuentre el afiliado cotizante o sus beneficiarios.

3.7. Caso concreto

3.7.1. El menor Juan, de 8 años de edad, se encuentra afiliado al SGSSS en el régimen contributivo en la EPS Compensar en la condición de beneficiario de su progenitora, la señora Patricia. El niño reside actualmente en el municipio de Une (Cundinamarca) con sus abuelos paternos, quienes, según se infiere de los elementos de juicio que constan en el expediente, están a cargo de su cuidado.

Según se alega en la demanda de tutela, en el citado municipio la EPS Compensar no cuenta con la prestación del servicio de salud, por lo que el menor no ha recibido la atención a la que tiene derecho. Por esta razón, más allá de la solicitud de desafiliación realizada a la citada EPS, frente a la cual –como se dijo– se incumple con el requisito de la legitimación por pasiva, es procedente que el juez de tutela examine si en efecto se presenta un problema de cobertura en la prestación de los servicios, en perjuicio de los derechos fundamentales a la vida y a la salud del menor Juan.

3.7.2. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas sobre el derecho a la portabilidad nacional, en virtud del cual las Entidades Promotoras de salud tienen la obligación de garantizar la atención de sus afiliados en todo el territorio nacional cuando se presente una emigración ocasional, temporal o permanente, o una dispersión del núcleo, según lo establecido en el Decreto 1683 de 2013, es preciso analizar si en el caso bajo examen se cumple o no con el referido mandato.

Lo primero que se observa es que el asunto sub-judice se ajusta a lo que el citado decreto denomina como dispersión del núcleo, el cual se presenta cuando “por razones laborales,

de estudio, o de cualquier otra índole, cualquiera de los integrantes del núcleo familiar afiliado, [fija] su residencia en un municipio del territorio nacional distinto del domicilio de afiliación donde reside el resto del núcleo familiar”, circunstancia en la que “dicho integrante tendrá derecho a la prestación de los servicios de salud a cargo de la misma Entidad Promotora de Salud, en el municipio donde resida, sin importar que la emigración sea temporal o permanente.”

A partir de lo anterior, se encuentra que el menor Juan tiene derecho a que Compensar EPS le brinde la atención en salud en el municipio en el que reside, esto es, en el municipio de Une (Cundinamarca). No obstante, según la información enviada en sede de revisión a este Tribunal por parte de la entidad demandada, se advierte que en respuesta a una solicitud de la afiliada cotizante y en desarrollo de los mandatos de portabilidad, la citada EPS le asignó al menor la atención en la (IPS) E.S.E. Hospital San Rafael de Cáqueza, a partir del 1º de abril del 2015.

La asignación no corresponde al municipio de residencia. Sin embargo, se trata de una entidad territorial que se encuentra a una distancia próxima o aledaña a aquella en la que actualmente vive. En efecto, la distancia aproximada es de 16 kilómetros, con un tiempo de viaje no superior a los 30 minutos.

Aun cuando el escenario ideal de realización del derecho a la salud del menor implicaría contar con una IPS en el municipio en el que reside, es posible que en términos de portabilidad –como se manifestó en la Sentencia T-320 de 2013[49]– se impongan algunas cargas soportables y razonables a los usuarios respecto del acceso y la disponibilidad de centros de atención en salud. Así, por ejemplo, en aquellos casos en los que existan municipios geográficamente cercanos, es posible que las EPS unifiquen la prestación del servicio en una única IPS, brindando un régimen integrado de protección a todos sus usuarios. En esta hipótesis, es claro que los afiliados cotizantes o sus beneficiarios deben trasladarse al territorio vecino para recibir la atención en salud, a menos que, visto el caso en concreto, dicha medida resulte irrazonable a partir de las circunstancias específicas de salud del usuario.

En el asunto sometido a decisión, la Corte encuentra que la medida adoptada si bien implica el traslado del niño a un municipio cercano, esa decisión no resulta arbitraria ni irrazonable

por las siguientes razones: (i) en primer lugar, porque la EPS le está brindando las condiciones para tener acceso a los servicios de salud, sin importar el hecho de que su núcleo familiar se encuentre disperso; (ii) en segundo lugar, porque se acortaron las distancias en relación los viajes que tenía que realizar a la ciudad de Bogotá, en donde –según la accionante– recibía la atención médica, si se tiene en cuenta que el trayecto aproximado era de 53 kilómetros desde el municipio de Une; (iii) en tercer lugar, porque no se pone presente la existencia de una enfermedad que demande un tratamiento continuo y que impida su traslado; (iv) en cuarto lugar, porque la distancia es realmente corta y no demanda un tiempo considerable de viaje (16 km y 30 minutos); y (v) finalmente, porque en caso de existir una urgencia, ésta debe ser atendida en cualquier IPS, con cargo a los recursos de la Entidad Promotora de Salud[50].

En consecuencia, esta Sala observa que Compensar EPS sí le está brindado cobertura en salud al menor Juan, aun cuando se presentó una dispersión del núcleo familiar, por virtud del cual su residencia ya no concuerda con la de su progenitora, quien tiene la condición de afiliada cotizante del régimen contributivo de salud. Por ende, se concluye que no existe vulneración alguna de los derechos fundamentales alegados.

Lo anterior, en todo caso, no es óbice para que se examine por la EPS, en el evento de existir una mayor demanda de desplazamientos, si se está en presencia de algunas de las causales normativas[51] o jurisprudenciales[52] que exigen brindar el servicio de transporte; y sin perjuicio de que en un futuro se decida suscribir un contrato con alguna entidad promotora o prestadora, en aras de asegurar el suministro de los servicios a su cargo directamente en el municipio de Une.

3.7.3. Por lo expuesto, se confirmará el fallo de instancia adoptado el pasado 25 de mayo de 2015 por el Juzgado Promiscuo Municipal de Une, a través del cual se negó el amparo solicitado por la señora Marta, a favor del menor Juan, por las razones expuestas en esta providencia.

IV. DECISIÓN

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia del 25 de mayo de 2015 proferida por el Juzgado

Promiscuo Municipal de Une, en la que decidió DENEGAR el amparo de los derechos fundamentales del menor Juan.

SEGUNDO.- Por Secretaría General, LÍBRENSE las comunicaciones a que se refiere el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sentencia T-845 de 2011, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[2] CP art. 86 y Decreto 2591 de 1991, art. 10. Al respecto, en la Sentencia T-895 de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, se señaló que: “Esta Corporación ha sostenido que cualquier persona sin diferenciación alguna puede formular acción de tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, siempre y cuando cumpla con los demás requisitos de procedibilidad. Así las cosas, se tiene que la edad no constituye un factor diferenciador ni limitante frente a su ejercicio, por cuanto no existe una exigencia expresa sobre la mayoría de edad para presentarla, lo que permite que los niños puedan tramitar pretensiones a través de acción de tutela sin que, para ello, requieran actuar a través de sus padres o representantes legales.”

[3] La norma en cita dispone que: “La representación judicial del hijo corresponde a

cualquiera de los padres. // El hijo de familia sólo puede comparecer en juicio como actor, autorizado o representado por uno de sus padres. Si ambos niegan su consentimiento al hijo o si están inhabilitados para prestarlo o si autorizan sin representarlo, se aplicarán las normas del Código de Procedimiento Civil para la designación del curador ad litem. // En las acciones civiles contra el hijo de familia deberá el actor dirigirse a cualquiera de sus padres, para que lo represente en la litis. Si ninguno pudiere representarlo, se aplicarán las normas del Código de procedimiento Civil para la designación de curador ad litem.”

[4] Sentencia T-732 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[5] De acuerdo con los elementos de juicio se trata de un niño de 8 años.

[6] Sentencia T-732 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[7] Sobre el particular, en la Sentencia T-1001 de 2006, M.P. Jaime Araujo Rentería, se expuso que: “la legitimación en la causa como requisito de procedibilidad exige la presencia de un nexo de causalidad entre la vulneración de los derechos del demandante y la acción u omisión de la autoridad o el particular demandado, vínculo sin el cual la tutela se torna improcedente (...)”.

[8] Ley 100 de 1993, art.157.

[9] “Por el cual se reglamenta la afiliación al Régimen de Seguridad Social en Salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de Seguridad Social en Salud y como servicio de interés general, en todo el territorio nacional.”

[10] “Decreto 806 de 1998. Artículo 35. Inscripción del grupo familiar. Los afiliados deberán inscribir ante la Entidad Promotora de Salud –EPS–, a cada uno de los miembros que conforman su grupo familiar según lo dispuesto en el artículo anterior. Esta inscripción se hará mediante el diligenciamiento del formulario que para el efecto determine la Superintendencia Nacional de Salud. Dicho formulario deberá ser suscrito por el afiliado. El formulario deberá suscribirlo también el empleador cuando se trate de personas con contrato de trabajo o de servidores públicos. // La solicitud de inscripción deberá estar acompañada de una declaración del afiliado que se entenderá prestada bajo la gravedad del juramento, en la que manifieste que las personas que conforman su grupo familiar no

están afiliadas a otra Entidad Promotora de Salud -EPS y que ninguna de ellas por su nivel de ingresos debe estar afiliada como cotizante. // Parágrafo. El formulario y los anexos a que se refiere el presente artículo podrán ser destruidos después de un año contado a partir del momento de su recepción por la EPS, siempre y cuando los conserve por cualquier medio técnico que garantice la reproducción exacta de documentos, tales como la microfilmación, la micografía y los discos ópticos. El mismo procedimiento podrá seguirse con el formulario y documento de autoliquidación.” Énfasis por fuera del texto original.

[12] “Decreto 806 de 1998. Artículo 54. (...) Parágrafo 2. Cuando se excluya como beneficiario [a] un cónyuge, podrá incluirse el compañero(a) permanente (...) o el nuevo cónyuge cuando acredite el nuevo vínculo”.

[13] El artículo 3 del Decreto 1703 de 2002, en cada caso particular, establece la forma como se acredita la condición de beneficiario.

[14] Este literal fue declarado nulo en la Sentencia del 29 de septiembre de 2011 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Consejero Alfonso Vargas Rincón, número interno: 1476-2006.

[15] En armonía con esta disposición, el artículo 51 del Decreto 806 de 1998 dispone que: “Artículo 51.- Afiliado beneficiario que debe ser cotizante. Las cancelarán la inscripción como beneficiarias a aquellas personas que deben tener la calidad de cotizantes. Estas personas deberán cubrir los gastos en que haya incurrido la(s) EPS(s) por los servicios prestados. Estos recursos serán girados al FOSYGA, a la subcuenta de solidaridad.”

[16] Decreto 1703 de 2002, art. 11.

[17] Decreto 806 de 1998, art. 77.

[18] Código Civil, art. 253. La norma en cita dispone que: “Toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos”. Por lo demás, en la reciente Sentencia C-727 de 2015, M.P. Myriam Ávila Roldán, se dijo que: “La obligación alimentaria hace parte de los derechos fundamentales de los niños y si el menor de edad cuenta con sus dos padres, ambos deberán hacerse cargo de la misma, a menos de que alguno de ellos, por ejemplo, no tenga los recursos económicos para

sufragarla. Así las cosas, una norma no puede absolver de sus obligaciones paterno-filiales a uno de los padres en procesos relativos al matrimonio, por razones diferentes a la imposibilidad efectiva de asumirlas.”

[19] Sistema General de Seguridad Social en Salud.

[20] Sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa; y T-884 de 2011, M.P. Juan Carlos Henao Pérez.

[21] Sentencia T-767 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[22] Sentencia T-968 de 2009, M.P. María Victoria Calle Correa.

[23] Decreto 806 de 1998, art. 35.

[24] Decreto 1703 de 2002, art. 4.

[25] Precisamente, el artículo 86 dispone que: “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales (...)”. Énfasis por fuera del texto original.

[26] Véanse, entre otras, las Sentencias SU-961 de 1999, T-344 de 2000, T-1169 de 2001, T-105 de 2002, T-575 de 2002, T-843 de 2002, T-315 de 2005, T-993 de 2005 y T-1140 de 2005.

[27] Sentencia T-279 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[28] Al respecto, puede consultarse, entre otras, la Sentencia T-728 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[29] En lo pertinente, las normas en cita disponen que: “Artículo 86.- (...) Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. “Artículo 6.- La acción de tutela no procederá: 1.- Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en

cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”.

[30] Sobre el tema se puede consultar la Sentencia T-646 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[31] “Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

[32] Sobre el particular, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 dispone que: “Artículo 41. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; // b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; // c) Conflictos que se susciten en materia de multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; // d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. // e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; // f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; // g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

[33] Ley 1564 de 2012, art. 622, el cual modificó el artículo 2 de la Ley 712 de 2001.

[34] Sobre el particular, en la Sentencia T-350 de 2003, M.P. Jaime Córdoba Triviño se dijo

que: “La garantía de accesibilidad se ve reforzada cuando sus titulares son menores de edad, ya que el ejercicio efectivo del derecho fundamental a la atención en salud está supeditado a que el niño esté en posibilidad de acceder al servicio médico. Sería un contrasentido sostener que el Estado tiene la obligación de prestar el servicio público de atención en salud, bien por sí mismo o por particulares controlados por éste, pero que dicha obligación excluye el deber de otorgar a los titulares de derechos fundamentales relacionados con tal prestación los modos necesarios para acceder a la misma.”

[35] Sentencias T-134 de 2002, M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-544 de 2002, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

[36] En la Sentencia T-460 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, se indicó que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, lo cual implica “que el usuario debe gozar de la prestación del servicio en el momento que corresponde para recuperar su salud, sin sufrir mayores dolores y deterioros. Esta característica incluye el derecho al diagnóstico del paciente, el cual es necesario para establecer un dictamen exacto de la enfermedad que padece el usuario, de manera que se brinde el tratamiento adecuado.”

[37] Sentencia T-460 de 2012, en la cual se cita la Sentencia T-760 de 2008.

[39] “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”

[40] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[41] En relación con cada uno de ellos la norma en cita establece que: “a) Disponibilidad. El Estado deberá garantizar la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente;

b) Aceptabilidad. Los diferentes agentes del sistema deberán ser respetuosos de la ética médica así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, permitiendo su participación en las decisiones del sistema de salud que le afecten, de conformidad con el artículo 12 de la presente ley y responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida. Los establecimientos

deberán prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad;

c) Accesibilidad. Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información;

d) Calidad e idoneidad profesional. Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas. Ello requiere, entre otros, personal de la salud adecuadamente competente, enriquecida con educación continua e investigación científica y una evaluación oportuna de la calidad de los servicios y tecnologías ofrecidos”.

[42] El artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 contempla que: “a) Universalidad. Los residentes en el territorio colombiano gozarán efectivamente del derecho fundamental a la salud en todas las etapas de la vida;

b) Pro homine. Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas;

c) Equidad. El Estado debe adoptar políticas públicas dirigidas específicamente al mejoramiento de la salud de personas de escasos recursos, de los grupos vulnerables y de los sujetos de especial protección;

d) Continuidad. Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;

e) Oportunidad. La prestación de los servicios y tecnologías de salud deben proveerse sin dilaciones;

f) Prevalencia de derechos. El Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes. En cumplimiento de sus

derechos prevalentes establecidos por la Constitución Política. Dichas medidas se formularán por ciclos vitales: prenatal hasta seis (6) años, de los (7) a los catorce (14) años, y de los quince (15) a los dieciocho (18) años;

g) Progresividad del derecho. El Estado promoverá la correspondiente ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, la mejora en su prestación, la ampliación de capacidad instalada del sistema de salud y el mejoramiento del talento humano, así como la reducción gradual y continua de barreras culturales, económicas, geográficas, administrativas y tecnológicas que impidan el goce efectivo del derecho fundamental a la salud;

h) Libre elección. Las personas tienen la libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación;

i) Sostenibilidad. El Estado dispondrá, por los medios que la ley estime apropiados, los recursos necesarios y suficientes para asegurar progresivamente el goce efectivo del derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal;

j) Solidaridad. El sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades;

k) Eficiencia. El sistema de salud debe procurar por la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías disponibles para garantizar el derecho a la salud de toda la población;

l) Interculturalidad. Es el respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo deliberado por construir mecanismos que integren tales diferencias en la salud, en las condiciones de vida y en los servicios de atención integral de las enfermedades, a partir del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global;

m) Protección a los pueblos indígenas. Para los pueblos indígenas el Estado reconoce y garantiza el derecho fundamental a la salud integral, entendida según sus propias

cosmovisiones y conceptos, que se desarrolla en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural (SISPI);

n) Protección pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. Para los pueblos y comunidades indígenas, ROM y negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras, se garantizará el derecho a la salud como fundamental y se aplicará de manera concertada con ellos, respetando sus costumbres.

Parágrafo. Los principios enunciados en este artículo se deberán interpretar de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás. Lo anterior no obsta para que sean adoptadas acciones afirmativas en beneficio de sujetos de especial protección constitucional como la promoción del interés superior de las niñas, niños y mujeres en estado de embarazo y personas de escasos recursos, grupos vulnerables y sujetos de especial protección”.

[43] “Artículo 2. Orientación del sistema general de seguridad social en salud. El Sistema General de Seguridad Social en Salud estará orientado a generar condiciones que protejan la salud de los colombianos, siendo el bienestar del usuario el eje central y núcleo articulador de las políticas en salud. Para esto concurrirán acciones de salud pública, promoción de la salud, prevención de la enfermedad y demás prestaciones que, en el marco de una estrategia de Atención Primaria en Salud, sean necesarias para promover de manera constante la salud de la población. Para lograr este propósito, se unificará el Plan de Beneficios para todos los residentes, se garantizará la universalidad del aseguramiento, la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país y se preservará la sostenibilidad financiera del Sistema, entre otros. (...)”.

[44] Decreto 1683 de 2013, art. 5.

[45] “Artículo 6°. Procedimiento para garantizar la portabilidad. Las Entidades Promotoras de Salud deberán garantizar la portabilidad a sus afiliados, a través de sus redes de atención o mediante acuerdos específicos con prestadores de servicios de salud o Entidades Promotoras de Salud (EPS), allí donde no operan como EPS y no cuenten con redes de prestación de servicios, de conformidad con la normatividad vigente.// En todo caso, la no existencia o no vigencia de dichos acuerdos, no podrá ser obstáculo para el ejercicio del derecho a la portabilidad por parte de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social

en Salud que lo requieran y la EPS deberá garantizarlo con sujeción a las siguientes reglas y procedimiento:

1. Toda EPS deberá contar dentro de su página web con un minisitio dedicado a portabilidad. El minisitio debe contener como mínimo:

a). Información general sobre el derecho a la portabilidad y su regulación.

b). Correo electrónico exclusivo para trámites de portabilidad, a través del cual, el afiliado podrá informar de su condición de emigrante y el requerimiento del ejercicio de la portabilidad de su seguro de salud.

c). Información de las solicitudes de portabilidad con documento de identidad, fecha de la solicitud, IPS asignada y observaciones si las hubiere, para consulta de los afiliados y las IPS.

d). Espacio para trámite de autorizaciones de actividades, procedimientos, intervenciones o suministros de mayor complejidad, ordenados por la IPS primaria del municipio receptor u otra instancia autorizada. Para estos trámites, se observarán las condiciones establecidas en las normas vigentes.

e). Espacio para trámites, comunicación e información entre la EPS y las IPS que atiendan sus pacientes en el marco de la portabilidad.

En todo caso, dependiendo de las condiciones del desarrollo local, la EPS procurará los mecanismos idóneos para que el afiliado pueda acceder a la información y al trámite de su requerimiento y las Direcciones Territoriales de Salud, deberán tener disponible la información pertinente sobre las EPS y brindar apoyo a los usuarios que lo requieran para el trámite del ejercicio de su portabilidad.

2. Un afiliado podrá solicitar ante la EPS mediante la línea telefónica de atención al usuario, por escrito, por correo electrónico exclusivo para trámites de portabilidad, personalmente o a través de cualquier otro medio de que disponga la EPS para el efecto, la asignación de una IPS primaria en un municipio diferente al domicilio de afiliación, en el marco de las reglas aquí previstas. En ningún caso la EPS podrá exigir la presentación personal del afiliado para el trámite de portabilidad.

La presentación personal del afiliado ante una IPS en el municipio receptor también podrá servir para iniciar el trámite de portabilidad entre EPS e IPS. En este caso, mientras se confirma la adscripción solicitada, procederá la atención de urgencias o como emigración ocasional.

3. La EPS, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la solicitud, deberá informar al afiliado la IPS a la cual ha sido adscrito en el municipio receptor y las opciones que el afiliado tendría para cambiarse. Así mismo, informará a la IPS primaria del domicilio de afiliación de la exclusión de este afiliado de su listado de adscritos.

Si la EPS le asigna una IPS primaria dentro de su red, el afiliado no podrá escoger otra por fuera de dicha red y solo podrá cambiarse de IPS dentro de las opciones de la red de la EPS en el municipio receptor.

Si la EPS no informa al afiliado respecto de la nueva IPS de adscripción dentro del término antes indicado, el afiliado podrá solicitar el servicio ante cualquier prestador de baja complejidad y, por referencia de este, ante otros de mayor complejidad. En este evento, la IPS estará obligada a prestar el servicio y la EPS a pagarlo a las tarifas que tenga pactadas con dicho prestador o, en su defecto, a las tarifas SOAT. Para permitir acceder a este servicio, la IPS deberá verificar la identidad de la persona, el correo electrónico que comunica la emigración y solicita la portabilidad y la correspondiente afiliación a la EPS.

4. En el caso anterior, de libre elección de prestador por ausencia de respuesta de la EPS, así como en los casos de urgencias, la IPS deberá informar de la atención en curso a la EPS respectiva, dentro de las primeras veinticuatro (24) horas de la atención, a través del correo electrónico para portabilidad que cada EPS obligatoriamente debe tener habilitado.

5. Hasta tanto se cuente con la disponibilidad de historia clínica digital en la web, la EPS facilitará la mayor información clínica posible al prestador en el municipio receptor, mediante trámites directos entre las dos entidades y la IPS primaria del domicilio de afiliación, que no deben transferirse como carga al usuario, ni su ausencia o deficiencia convertirse en obstáculo para la atención.”

[46] M.P. María Victoria Calle Correa.

[47] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[48] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[49] M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[50] El artículo 25 de la Resolución 5521 de 2013 dispone que: “La cobertura de atención inicial de urgencias es obligatoria y su pago está a cargo de la Entidad Promotora de Salud cuando se trata de sus afiliados, aunque no exista contrato o convenio con el prestador de servicios de salud. La prestación oportuna es responsabilidad de la IPS a la que el paciente demande el servicio; incluyendo la apropiada remisión, cuando no cuente con las tecnologías necesarias para la atención del caso. // Parágrafo 1. La cobertura de la atención inicial de urgencias se garantizará en cualquier parte del territorio nacional sin que para ello sea necesaria autorización previa de la EPS o remisión, como tampoco el pago de cuotas moderadoras. (...)”.

[51] Título V de la Resolución 5521 de 2013, en el que se destaca lo siguiente: “(...) las EPS igualmente deberán pagar el transporte del paciente ambulatorio cuando el usuario debe trasladarse a un municipio distinto a su residencia para recibir los servicios mencionados en el artículo 10 de esta resolución [acceso primario a servicios del POS], cuando existiendo estos en su municipio de residencia la EPS no los hubiere tenido en cuenta para la conformación de su red de servicios. Esto aplica independientemente de si en el municipio la EPS recibe o no una UPC diferencial.”

[52] Sentencia T-705 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.