

Sentencia T-627/11

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD DE NIÑOS Y NIÑAS-Las cuotas recuperadoras o pagos moderadores no podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres

Tratándose del derecho a la salud de los niños y las niñas, la jurisprudencia ha sostenido que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuentan con los recursos económicos para cubrir esos gastos. Es así como queda reiterado que la falta de capacidad económica para cubrir un copago o una cuota moderadora no se puede convertir en una barrera de acceso de los usuarios para acceder a los servicios de salud y en caso de servicios requeridos por un niño o una niña, está prohibido que la entidad de salud aplique pagos moderadores, cuando sus familiares no tienen recursos económicos para cubrirlos.

PAGOS MODERADORES, COPAGOS, CUOTAS MODERADORAS Y CUOTAS DE RECUPERACION-Exoneración

USUARIOS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD-Tienen derecho a acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio colombiano

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

La Ley 1438 de 2011 hace referencia a la garantía de la portabilidad en los artículos 1, 2, 22 y 61. El artículo 1 señala la garantía de la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, como unas de los elementos de fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en el artículo 2, la portabilidad es tratada como una de las formas necesarias para orientar al Sistema en la generación de condiciones que protejan el derecho a la salud de la población; el artículo 22 se refiere a la portabilidad nacional como el deber de todas las entidad promotoras de salud de garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y otras entidades promotoras de salud; y finalmente, el artículo 61 señala 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. La portabilidad es el 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.

Se trata de garantizar que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud puedan acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio, y para ello, las EPS deben garantizar la prestación de los servicios de salud directamente, en las sedes de la entidad en las diferentes ciudades o regiones del país, y de forma indirecta, acuerdo con otras entidades promotoras de salud, sin que se exija a los usuarios solicitar los servicios de salud que requieran, únicamente, en lugar en el cual se afiliaron al Sistema.

**DERECHO A LA SALUD DE PERSONA AFILIADA AL REGIMEN SUBSIDIADO-Atención en caso de traslado de residencia a otro municipio**

La Sala reitera que de conformidad con la Constitución y la jurisprudencia constitucional, los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran en cualquier lugar del territorio, y en ese sentido, las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los mismos, directamente o por medio de otra entidad de salud con la cual se haya acordado dicha prestación. Este ámbito de protección del derecho fundamental a la salud ha sido desarrollado y especificado por el Congreso de la República en la Ley 1438 de 2011, bajo el nombre de garantía de portabilidad.

**ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenazas del derecho a la salud**

La Sala se permite recordar al juzgado que tratándose del derecho fundamental a la salud, esta Corporación ha sostenido que una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenazas de su derecho a la salud. Así, existiendo una decisión de tutela previa, si un usuario del Sistema de Salud o sus acudientes, consideran que la entidad responsable no está garantizando el acceso a todos los servicios de salud requeridos, podrá, siempre, presentar una nueva acción de tutela, pues no es siquiera razonable considerar que en el transcurso del tiempo, que en el caso concreto fueron 7 años, las condiciones de salud de una persona que sufre una enfermedad irreversible, se hayan mantenido, sin desmejorarse, o que en ese tiempo, la entidad accionada no haya podido incurrir en una omisión en su deber en la prestación de los servicios de salud.

Referencia: expedientes acumulados T-2986735 y T-3048717

Acciones de tutela presentadas por Richard Edier Arcila Giraldo, en representación de su menor hijo Juan Sebastián Arcila Álvarez, contra el Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A. y la Superintendencia Nacional de Salud; y por Silvia Yolanda Preciado contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, Calisalud EPS-S -en liquidación- y la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil once (2011).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Juan Carlos Henao Pérez, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

## SENTENCIA

En el proceso de revisión de los fallos proferidos, en primera instancia, por el Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali, el veinte (20) de diciembre de dos mil diez (2010), y en segunda instancia, por el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, el nueve (09) de febrero de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Richard Edier Arcila Giraldo, en representación de su menor hijo Juan Sebastián Arcila Álvarez, contra el Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A y la Superintendencia Nacional de Salud; y en única instancia, por el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cali, el diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), dentro del proceso de tutela de Silvia Yolanda Preciado contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, Calisalud EPS-S -en liquidación- y la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca.<sup>1</sup>

## I. ANTECEDENTES

1. Richard Edier Arcila Giraldo, en representación de su menor hijo Juan Sebastián Arcila Álvarez, contra el Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS y la Superintendencia Nacional

de Salud (T-2986735)

1.1. Juan Sebastián Arcila Álvarez, de 17 años, sufre de parálisis cerebral y tiene gastrostomía (desde los 7 años) y traqueotomía (desde los 15 años),<sup>2</sup> está postrado y requiere oxígeno en forma permanente.<sup>3</sup> Su padre, el señor Richard Arcila Giraldo, presentó acción de tutela contra el Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, para solicitar el amparo del derecho a la salud de su hijo, y solicitar que el menor sea exonerado del pago de copagos y cuotas moderadoras en la prestación de los servicios que requiere, pues aduce, no cuenta con los medios económicos para sufragarlos.

Sobre su situación económica, señaló el actor:

“En la actualidad, me encuentro desempleado cancelo arriendo y me acaban de cortar los servicios de teléfono, el agua y la luz, no me los cortaron por la patología de mi hijo, pero no encuentro empleo por ningún lado, gracias a Dios que donde vivo me dan espera para pagar los cánones de arriendo ya que conocen mi situación económica, y la de mi hijo, es por pura misericordia que no me echan a la calle, para pagar la salud he tenido que hacer rifas y solicitarle a mis amigos y vecinos que me ayuden. (...) yo no podré seguir con todo el tratamiento de mi hijo, porque de donde voy a sacar el dinero para pagar los copagos y cuotas moderadoras.”

1.2. Ni el Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS, ni la Superintendencia Nacional de Salud se pronunciaron sobre los hechos de la acción.<sup>4</sup>

1.3. En primera instancia, el Juzgado Tercero Penal para Adolescente con Funciones de Control de Garantías de Cali, en sentencia del 20 de diciembre de 2010, tuteló los derechos fundamentales del menor Juan Sebastián, y ordenó al Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A, continuar prestando los servicios médicos requeridos por el niño, sin exigirle a su familia cancelar copagos y cuotas moderadoras. El juzgado sostuvo que los niños y las niñas con discapacidad gozan de especial protección constitucional, y el Estado tiene la obligación de adoptar acciones afirmativas tendientes a protegerlos, como el tratamiento integral de las enfermedades que padecen; además, señaló que de conformidad con el artículo 87 de la Ley 100 de 1993, los pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles se exigen los afiliados al Sistema de Seguridad Social en Salud, con el objeto exclusivo de racionalizar el uso de los servicios del Sistema, y a los beneficiarios de aquellos, para la financiación del Plan

Obligatorio de Salud; sin embargo, precisó, que el juez de tutela puede inaplicar las normas sobre dichos pagos, con el propósito de garantizar el acceso a los servicios de salud requeridos por aquellas personas que carecen de los medios económicos para sufragarlos.

Finalmente, sostuvo que la afirmación del actor, en el sentido de no tener recursos económicos para sufragar los servicios de salud que requiere su hijo, es una negación indefinida, y por lo tanto, la carga de la prueba se impone a la parte accionada, quien debe demostrar que el usuario si tiene recursos para facilitarle a su hijo acceder a los servicios de salud que requiere. En ese sentido, concluyo, se tendrán por ciertos los hechos alegados por el señor Richard Arcila Giraldo, pues las entidades accionadas guardaron silencio en el trámite de la acción.

1.4. En la impugnación, el Servicio Occidental de Salud solicitó declarar la improcedencia de la acción. Adujo (i) que la entidad ha autorizado al niño Juan Sebastián Arcila todos los servicios que requiere, incluidos o no en el Plan Obligatorio de Salud; (ii) que no existe orden médica de servicio alguno que la EPS no haya autorizado al menor; y (iii) que la acción propuesta es temeraria porque el Juzgado Once Civil Municipal de Cali, en sentencia del 19 de agosto de 2003, ya había conocido de una tutela presentada por el actor, en representación de su menor hijo, contra la entidad, y en dicha oportunidad, ordenó autorizar al niño todos los servicios médicos que requiere y el tratamiento integral de su enfermedad.

1.5. En segunda instancia, el Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, en fallo del 9 de febrero de 2011, revocó la protección otorgada al menor Juan Sebastián, y declaró la improcedencia de la acción. El juzgado señaló que el juez de primera instancia erróneamente ordenó a la entidad accionada brindar al niño el tratamiento integral de su enfermedad, sin tener presente que el actor nunca solicitó el tratamiento integral para su hijo, y que en fallo del 19 de agosto de 2003, el Juzgado Once Civil Municipal de Cali ya le había ordenado a la EPS suministrar a Juan Sebastián el tratamiento integral de su enfermedad. También, sostuvo que la petición respecto de la exoneración de copagos ordenada en primera instancia resulta inocua e improcedente, porque todos los servicios que requiere el niño están excluidos de cuota moderadora conforme las pruebas que fueron aportadas por la entidad accionada,<sup>5</sup> de tal forma que el juez debía exigir al actor la prueba de los servicios que fueron negados, por falta de pago de

las cuotas alegadas.

2. Silvia Yolanda Preciado contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García ESE, Calisalud EPS-S –en liquidación- y la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cuaca (T-3048717)

2.1. La señora Silvia Yolanda Preciado, de 54 años, padece cáncer de seno izquierdo. El 31 de enero de 2010, un médico del área de oncología del Hospital Universitario del Valle Evaristo García, le ordenó el medicamento Xeloda 2000mg, 4 tabletas al día.<sup>6</sup> La peticionaria solicitó el medicamento, pero en el hospital le informaron que el servicio no podía ser suministrado, porque la accionante se encuentra afiliada al SISBEN nivel II a través de Comfamiliar, en la ciudad de Tumaco, entonces, para recibir la atención que requiere, debía acercarse a la Secretaría Municipal de Salud de Cali, para ser incluida en la encuesta SISBEN del municipio.

La peticionaria no menciona más hechos en su escrito de tutela, pero el juez de única instancia, mediante llamada telefónica realizada el 9 de marzo de este año, tomó una declaración a la accionante, y concluyó:

“(…) la accionante manifestó que hace 2 años vive en Cali, en la casa de la hija mayor en el barrio Mariano Ramos, señala que padece la enfermedad de cáncer de seno izquierdo donde según exámenes tenía 37 ganglios que le abarca desde el pecho hasta la axila, que hace una año a través de la Fundación de Bien y Paz de Barrio Los Mangos, le realizaron una intervención quirúrgica en la Fundación Valle de del Lili de la ciudad de Cali, extrayéndole 15 ganglios malignos, además de realizarle las quimioterapias en la misma clínica por el carnet del Sisben de la hija [...]

Que por la enfermedad que padece le mandaron a tomar un medicamento llamado Xeloda tomándose 4 pastillas diarias, pero por el alto costo no lo pudo comprar, y se fue a Concaner entidad que queda dentro del Hospital Universitario del Valle en donde hablo con una señora llamada Patricia quien el suministro sin ningún costo, dos (2) cajas del medicamento, posteriormente solicitó en el SIAU (Servicios de información y atención al usuario) dicho medicamento al Hospital Universitario del Valle donde le negaron de manera verbal el suministro del mismo por encontrarse afiliada al Sisben nivel II en Tumaco Nariño, lo que la hizo ir a donde la trabajadora social quien le dijo que fuera al Hospital Universitario del

Valle y así proceder a su atención, una vez remitida, el Hospital en el mismo SIAU, le negó nuevamente el medicamento por no tener afiliación al Sisben en la ciudad de Cali”.

La señora Silvia Yolanda solicita que se proteja su derecho fundamental a la salud, y se ordene a las entidades accionadas autorizar el suministro del medicamento Xeloda 2000mg, 4 tabletas al día.

2.2. El Hospital Universitario del Valle Evaristo García señaló que verificada la base de datos de la entidad, se evidencia que a la señora Silvia Yolanda Preciado se le ha brindado la atención médica en el momento que lo ha solicitado. Sin embargo, la peticionaria aparece afiliada a Comfamiliar Nariño, y como en la actualidad ella reside en Cali, es necesario que solicite desvinculación de esa EPS-S y pida vinculación a una entidad del municipio, a través de la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca.

Adujo que la institución está dispuesta a continuar prestando los servicios de salud en el momento que los requiera la accionante, de forma oportuna y con calidad, pero que en el caso concreto es necesario precisar, que una vez la peticionaria se desvincule de la EPS-S en Tumaco, quedará pendiente de la encuesta del SISBEN que le realizará la Secretaría Municipal de Salud de Cali y pendiente de afiliación a una Empresa promotora de Salud del Régimen Subsidiado; además, que conforme a lo establecido en la Ley 715 de 2001, las personas inscritas en la encuesta SISBEN tienen derecho a ser atendidos por la Secretaría Departamental de Salud en los niveles II, III y IV y por la Secretaría Municipal de Salud en el nivel I. Por lo demás, el hospital solicitó declarar la improcedencia de la acción.

2.3. La Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca sostuvo que revisada la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social, actualizada al 13 de marzo de 2011, la señora Silvia Yolanda Preciado se encuentra afiliada a la Caja de Compensación de Nariño Comfamiliar Nariño, Régimen Subsidiado, en Tumaco.

Señaló que el cáncer que padece la accionante es una enfermedad de alto costo y que son las entidades Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado, de conformidad con el Literal F, numeral 3 del artículo 61 del Acuerdo 008 de 2009, son responsables de brindar la atención integral para este tipo de enfermedades. Por lo tanto, concluyó que Comfamiliar Nariño debe brindar a la peticionaria los servicios de salud que requiera, de forma integral y oportuna, a

través de las IPS públicas o privadas con las cuales tenga contrato de prestación de servicios de salud.

2.4. Calisalud EPS-S –en liquidación- señaló que la peticionaria no ha estado afiliada a la entidad, y que revisada la Base de Datos Única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social del Ministerio de la Protección Social, se evidencia que la accionante se encuentra “afiliada activa” desde enero de 2009 en Tumaco, a la Caja de Compensación Familiar de Nariño, Comfamiliar. Por lo tanto, solicitó ser exonerada de cualquier responsabilidad en la vulneración de los derechos fundamentales de la señora Silvia Yolanda Preciado.

2.5. En única instancia el Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cali, en fallo del 17 de marzo de 2011, declaró la improcedencia de la acción. El despacho señaló que el 9 de marzo de 2011, la señora Silvia Yolanda le informó que se encontraba en Tumaco realizando las gestiones para el traslado de su afiliación al Régimen Subsidiado en Salud a la ciudad de Cali, y que ese hecho permite deducir que la peticionaria reconoce que es Comfamiliar Tumaco la entidad encargada de suminístrale los servicios de salud que requiere, hasta tanto se materialice el traslado de municipio. Por lo tanto, concluyó que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales de la accionante.

### 3. Pruebas solicitadas por la Sala de Revisión

3.1. En los casos bajo estudio la Sala estimó necesario solicitar pruebas. En el asunto del señor Richard Edier Arcila Giraldo, en representación de su menor hijo Juan Sebastián Arcila Álvarez, contra el Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS y la Superintendencia Nacional de Salud, las pruebas fueron encaminadas a saber (i) cuáles son los servicios de salud que requiere el menor para la atención de la enfermedad parálisis cerebral; (ii) cuáles de esos servicios están siendo suministrados por la entidad al niño; (iii) cuáles son los servicios sobre los cuales aduce el actor, la entidad está exigiendo el pago de cuotas moderadoras y copagos; y (iv) cuáles servicios de los que el niño requiere no están siendo suministrados por la entidad accionada.

Por su parte, en el proceso de tutela de Silvia Yolanda Preciado contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García ESE, Calisalud EPS y la Secretaría de Salud Departamental del Valle del Cuaca, la Sala de Revisión (i) requirió conocer el estado actual de la afiliación de la señora Silvia Yolanda Preciado al Sistema Seguridad Social de Salud y (ii)

conocer el procedimiento administrativo a seguir para que la peticionaria sea trasladada al SISBEN Cali.

Por lo tanto, mediante auto del 22 de julio del presente año, resolvió:

#### I. Expediente T-2986735

PRIMERO. Por la Secretaría General de la Corporación, OFICIAR al Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS de Cali, para que en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de este auto:

Remita a este Despacho la relación de los servicios que requiere el menor Juan Sebastián Arcila Álvarez para tratar la enfermedad parálisis cerebral, y especificar cuáles de éstos han sido suministrados por la entidad.

SEGUNDO. Por la Secretaría General de la Corporación, OFICIAR al señor Richard Arcila Giraldo, padre del menor Juan Sebastián Arcila Álvarez, para que en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de esta providencia:

Remita a este Despacho fotocopia de los servicios de salud que el médico tratante, o los especialistas que han valorado a Juan Sebastián, le han ordenado para tratar la enfermedad parálisis cerebral.

¿La EPS Servicio Occidental de Salud S.A. SOS ha negado autorizar al niño alguno de los servicios que han sido ordenados por su médico tratante? En caso afirmativo, cuáles han sido las razones que ha aducido la entidad para negar tales servicios.

¿Sobre cuáles servicios aduce que la entidad le exige cancelar cuotas moderadoras y copagos?

#### II. Expediente T-3048717

TERCERO. Por la Secretaría General de la Corporación OFICIAR a la Secretaría de Salud

Municipal de Cali para que en el término de cinco (05) días contados a partir de la notificación de este auto responda:

¿Cuál es el procedimiento administrativo que se debe surtir para que la señora Silvia Yolanda Preciado, identificada con la cédula de ciudadanía 59.660.980 de Tumaco, sea afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud en la ciudad de Cali?

¿Qué entidad de salud es responsable de garantizarle a la señora Silvia Yolanda Preciado los servicios que requiere para tratar la enfermedad cáncer de seno, mientras se concreta efectivamente el proceso de traslado al Sistema de Seguridad Social en Salud en Cali?

### 3.2. Expediente T-2986735

3.2.1. Richard Edier Arcila Giraldo, en representación de su menor hijo Juan Sebastián Arcila Alvares

El actor remitió copia de las facturas de venta expedidas por Comfandi IPS para la prestación de los siguientes servicios: (i) consulta de control por fisiatría, (ii) consulta de control por gastroenterología, (iii) consulta de control por neurología y (iv) consulta de control por pediatría. El actor pagó por cada uno de dichos servicios dos mil cien (2100) pesos, y todos ellos fueron autorizados el 28 de julio del presente año.

3.2.2. Servicio Occidental de Salud S.A. SOS EPS

La entidad anexó una relación de las autorizaciones de servicios de salud que han sido suministrados al niño Juan Sebastián Arcila.<sup>7</sup> En ninguno de los servicios que han sido autorizados por la entidad se hace cobro de copagos o cuotas moderadoras.

### 3.3. Expediente T-3048717

La Secretaría reiteró que una vez verificada la Base de Datos del FOSYGA, la señora Silvia Yolanda Preciado se encuentra afiliada al Régimen Subsidiado en Salud a través de Comfamiliar Nariño en Tumaco.

Sin embargo, adujo que revisada la Base de Datos del Departamento de Planeación Nacional, la peticionaria se encuentra certificada en metodología III del SISBEN en Cali, y que dicha

encuesta ya fue validada por el DNP, por lo tanto, deberá dirigirse a cualquier EPS-S de la ciudad y solicitar traslado de afiliación por cambio de municipio de conformidad con el acuerdo 415 de 2009. Agrega que mientras se concreta dicho trámite, puede acercarse a una institución de salud pública de nivel departamental a solicitar los servicios que requiera para tratar la enfermedad cáncer de seno.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

### 1. Competencia

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Presentación del caso y problema jurídico

2.1. En el primer caso que ocupa a esta Sala, el señor Richard Arcila Giraldo presentó acción de tutela contra la EPS Servicio Occidental de Salud, para que se ordene a la entidad exonerar a su menor hijo, Juan Sebastián Arcila Álvarez, del pago de copagos y cuotas moderadoras en el suministro de los servicios de salud que requiere el niño para el tratamiento de la parálisis cerebral; el actor aduce que no cuenta con los medios económicos para sufragar tales costos. El segundo caso, se trata de la señora Silvia Yolanda Preciado, quien padece de cáncer de seno izquierdo, y para tratar dicha enfermedad, requiere el medicamento Xeloda 2000mg; la accionante solicitó el medicamento al Hospital Universitario de Valle de Cali, pero la institución se lo negó por encontrarse afiliada al Sistema de Seguridad Social en Salud, en el SISBEN nivel II, a través de Comfamiliar Tumaco y no en Cali.

2.1.1. Ahora bien, para determinar si efectivamente, en el primero de los casos planteados, la entidad Servicio Occidental de Salud vulneró los derechos fundamentales del niño Juan Sebastián Arcila Álvarez, la Sala deberá resolver el siguiente problema jurídico: ¿vulnera una entidad encargada de prestar servicios de salud los derechos fundamentales de un niño o

una niña, cuando se niega a autorizarle un servicio que requiere porque los padres no cancelan un pago moderador -copagos y cuotas moderadoras-? Para resolver esta cuestión, la Sala reiterará la jurisprudencia que ha desarrollado el derecho constitucional de los niños y las niñas de acceder a los servicios de salud que requieren, sin obstáculos, especialmente sin obstáculos de tipo económico.

2.1.2. En el caso de la señora Silvia Yolanda Preciado, esta Sala se ocupará de resolver el siguiente problema jurídico ¿vulnera una entidad encargada de garantizar el acceso a servicios de salud los derechos fundamentales de una persona, por negarle el suministro de un medicamento que se requiere con necesidad, porque la persona está afiliada al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud en un municipio diferente al de residencia actual? En esta ocasión, la Sala hará referencia a la garantía de portabilidad en la prestación de los servicios de salud, consagrado en la Ley 1438 de 2011, por el cual todas las personas afiliadas al Sistema de Seguridad Social en Salud tiene derecho a acceder al Sistema, desde cualquier lugar del territorio colombiano; posteriormente, en desarrollo de la reglamentación legal y la jurisprudencia de la Corporación, la Sala se referirá el tema de los efectos del traslado de domicilio de un usuario afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud, y el deber que tiene el municipio que acoge a la persona, de suministrarle los servicios de salud que requiera.

A continuación pasa la Sala a fijar las reglas que serán aplicadas en los casos, y posteriormente, a resolver cada uno de ellos.

3.1. Por disposición del legislador, los afiliados y beneficiarios del Sistema de Seguridad Social en Salud están sujetos a pagos moderadores.<sup>8</sup> Éstos tienen por finalidad racionalizar el uso de los recursos del Sistema.<sup>9</sup> Sin embargo, el legislador también estableció que la falta de capacidad económica no puede convertirse en una barrera de acceso a los servicios de salud, pues toda persona tiene derecho a acceder al Sistema sin ningún tipo de discriminación.<sup>10</sup>

En materia constitucional, la regla de acceso a los servicios de salud sin obstáculos se encuentra recogida en los apartados [4.4.5. -derechos de todos los usuarios del servicio de salud- y 8.1.] de la sentencia T-760 de 2008.<sup>11</sup> De lo allí expuesto, resulta pertinente resaltar que las instituciones encargadas de prestar servicios de salud deben tener en cuenta, siempre, la voluntad expresa y manifiesta del legislador, plasmada en el artículo 187 de la

Ley 100 de 1997, de acuerdo con la cual en ningún caso los pagos moderadores podrán convertirse en barreras de acceso para los más pobres, y en consecuencia, esta Corporación concluyó, como regla aplicable en la materia que los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud para las personas que no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo.

3.2. Ahora bien, tratándose del derecho a la salud de los niños y las niñas, la jurisprudencia ha sostenido que está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuentan con los recursos económicos para cubrir esos gastos.<sup>12</sup>

3.3. Es así como queda reiterado que la falta de capacidad económica para cubrir un copago o una cuota moderadora no se puede convertir en una barrera de acceso de los usuarios para acceder a los servicios de salud y en caso de servicios requeridos por un niño o una niña, está prohibido que la entidad de salud aplique pagos moderadores, cuando sus familiares no tienen recursos económicos para cubrirlos.

Vistas las reglas aplicables, a propósito de los pagos moderadores y el acceso a los servicios de salud en las condiciones señaladas, se pasa a presentar las reglas referentes al acceso a tal servicio cuando se cambia de domicilio.

4. Todos los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio colombiano. Una entidad de salud vulnera el derecho fundamental a la salud cuando obstaculiza el acceso a un servicio requerido, porque el usuario se encuentra afiliado al Sistema en un lugar diferente al de residencia.

4.1. De conformidad con el artículo 48 de la Constitución, el Estado tiene a su cargo la obligación de organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio público de salud. En desarrollo de este deber, el legislador expidió la Ley 100 de 1993, que organiza el Sistema de Seguridad Social en Salud y señala las condiciones de acceso de toda la población.<sup>13</sup> Recientemente, la Ley 1438 de 2011,<sup>14</sup> reformó el Sistema de Salud dispuesto en la Ley 100 de 1993. En concreto, la Sala se quiere referir al concepto de portabilidad introducido por

dicha norma.

La Ley 1438 de 2011 hace referencia a la garantía de la portabilidad en los artículos 1, 2, 22 y 61. El artículo 1 señala la garantía de la portabilidad o prestación de los beneficios en cualquier lugar del país, como unas de los elementos de fortalecimiento del Sistema General de Seguridad Social en Salud; en el artículo 2, la portabilidad es tratada como una de las formas necesarias para orientar al Sistema en la generación de condiciones que protejan el derecho a la salud de la población; el artículo 22 se refiere a la portabilidad nacional como el deber de todas las entidad promotoras de salud de garantizar el acceso a los servicios de salud en el territorio nacional, a través de acuerdos con prestadores de servicios de salud y otras entidades promotoras de salud;<sup>15</sup> y finalmente, el artículo 61 señala 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.<sup>16</sup>

La portabilidad es el 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. Al respecto, esta Corporación ha señalado en múltiples decisiones, teniendo en cuenta la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas,<sup>17</sup> que son elementos esenciales del derecho a la salud,<sup>18</sup> la accesibilidad, disponibilidad, aceptabilidad y calidad. En particular, la accesibilidad hace referencia al derecho que tiene toda persona, sin discriminación alguna, de acudir a los establecimientos, bienes y servicios de salud en todo el territorio; así por ejemplo, en la sentencia T-542 de 2009<sup>19</sup> la Corte indicó que de conformidad con el contenido de la accesibilidad (...) se entiende que las EPS, tanto en el régimen contributivo como en el subsidiado tienen la obligación de hacer accesible el servicio de salud a los usuarios de forma material mediante la atención en clínicas, hospitales o centros de salud en las distintas zonas del país. Esta es precisamente la obligación que desarrolla la Ley 1438 de 2011, al ordenar que (...) 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.

Entonces, se trata de garantizar que los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud puedan acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio, y para ello, las EPS deben garantizar la prestación de los servicios de salud directamente, en las sedes de la

entidad en las diferentes ciudades o regiones del país, y de forma indirecta, acuerdo con otras entidades promotoras de salud, sin que se exija a los usuarios solicitar los servicios de salud que requieran, únicamente, en lugar en el cual se afiliaron al Sistema.

4.2. Ahora bien, de conformidad el Acuerdo 415 de 2009 “por medio del cual se modifica la forma y condiciones de operación del Régimen Subsidiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones” del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, cuando un usuario afiliado al Régimen Subsidiado del Sistema de Seguridad Social en Salud se traslada de municipio de residencia, el municipio que lo acoge tiene la obligación de garantizarle la prestación de los servicios de salud que requiera.

Dicha obligación se encuentra consagrada en el artículo 40 del Acuerdo citado, el cual señala que en el momento en que un usuario del Régimen Subsidiado en Salud fija su domicilio en un municipio diferente al que se afilió inicialmente, y sin embargo, mantiene la vigencia contractual de su inscripción en el SISBEN, tiene dos posibilidades para que en el nuevo municipio se le presten los servicios de salud que requiera:

“a) Si el traslado se da entre los municipios o distritos de las regiones donde la EPS-S que lo asegura está autorizada, la EPS-S es responsable de su atención por el tiempo restante de la vigencia contractual. Para tal efecto, la EPS-S deberá contar con procedimientos de contingencia que garanticen la atención de la población.

b) Si el traslado se da a un municipio donde la EPS-S no se encuentra autorizada en la región, el afiliado deberá presentarse ante la nueva EPS-S de su elección y solicitar su afiliación por traslado de municipio de domicilio (...) En los casos donde el municipio no cuente con cobertura superior la EPS-S deberá dar aviso a la Entidad Territorial para que genere la correspondiente adición al contrato o remplazo de cupo de que trata el artículo 87 del presente Acuerdo según sea el caso.”

Y continúa con la siguiente precisión:

“En todo caso la EPS-S deberá contar con alianzas o convenios con otras EPS-S de las regiones donde no se encuentra autorizada, que le permitan garantizar la atención de la

población en tanto se formaliza el traslado del afiliado. El incumplimiento a la suscripción de este tipo de alianzas o convenios, que no ofrezcan garantías para la continuidad de la atención, estará sujeta a las instrucciones y sanciones a que haya lugar por parte de la Superintendencia Nacional de Salud.”

Pero además, el artículo 39 del Acuerdo 415 de 2009, fija el deber del usuario de reportar a su EPS-S el cambio de municipio, y si esta obligación no se satisface, se entiende como mecanismo válido de identificación del traslado, que, cuando el usuario se acerque a la red prestadora de servicios de primer nivel del municipio receptor, se le podrá recordar su deber de notificar a la EPS-S el cambio de residencia permanente.

4.2.1. Ahora bien, la reglamentación anterior al Acuerdo 415 de 2009 se encontraba consignada en los Acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003. La Sala hace referencia a esta regulación, porque en virtud de ella, esta Corporación resolvió diferentes casos que protegieron el derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud de las personas afiliadas al Régimen Subsidiado en Salud, que se trasladaron a un municipio de residencia diferente al de afiliación. Así por ejemplo, en la sentencia T-685 de 200420 la Corte analizó el caso de un hombre de la tercera edad que vivía en San José del Guaviare, pero debió trasladar su residencia a Bogotá, con ocasión de una trombosis que sufrió. En dicha oportunidad, la Sala reiteró el precedente de la sentencia T-689 de 200321:

“El hecho de que una persona traslade de manera permanente su lugar de residencia de un municipio a otro tiene efectos concretos para los beneficiarios del régimen subsidiado de seguridad social en salud. Así, como cada entidad territorial recibe directamente los recursos para atender a sus habitantes, el cambio de domicilio hace que la obligación de garantizar la prestación del servicio pase a manos del municipio que acoge a la persona, pues de lo contrario estaría latente el riesgo de un grave desequilibrio financiero.”

Además, tal regulación, específicamente en el artículo 33 del Acuerdo 244 de 2003, se encontraba consignada la obligación, para el usuario, de iniciar un nuevo proceso de identificación, selección y afiliación al Régimen Subsidiado, al trasladarse de municipio de residencia; esta situación cambió en la regulación del Acuerdo 415 de 2009, pues el artículo 40 garantiza la prestación de los servicios de salud al usuario del Régimen Subsidiado que se

traslada a otro municipio, cuando, como quedó señaló, se mantenga la vigencia contractual. Caso diferente es que el usuario, además, tenga derecho a ser sisbenizado antes del inicio de la siguiente vigencia contractual. Así, la nueva norma contempla dos situaciones que no fueron diferenciadas en la regulación de los Acuerdos 77 de 1997 y 244 de 2003: (i) la continuidad en la prestación del servicio durante la vigencia contractual y (ii) la continuidad de la afiliación en la siguiente vigencia contractual.

Continuando con el caso resuelto en la sentencia T-685 de 2004, la Sala precisó en dicha oportunidad que no se podía exigir al usuario iniciar un nuevo proceso de identificación, selección y afiliación, como exigía la norma anterior, y condicionar la prestación del servicio hasta tanto dicho trámite estuviera finalizado. Por lo tanto, sostuvo que en aplicación directa de la Constitución, tal exigencia vulneraba los derechos fundamentales del actor, especialmente su derecho a la continuidad en la prestación de los servicios de salud, y en consecuencia, ordenó a la sede en Bogotá de la EPS-S a la cual estaba afiliado el accionante, prestar los servicios requeridos, mientras él o su familia adelantaban el respectivo proceso de identificación, selección y afiliación ante la Secretaría Distrital de Salud de Bogotá D.C.<sup>22</sup>

Finalmente, en la sentencia T-1313 de 2005<sup>23</sup> esta Corporación trató el caso de un hombre que sufría de insuficiencia renal terminal y se encontraba afiliado al Régimen Subsidiado en el municipio La Gloria - departamento de César-, pero que trasladó su residencia a Bucaramanga. En esa ocasión la Sala Octava de Revisión reiteró que no se puede condicionar la prestación de un servicio de salud hasta tanto el usuario inicie un nuevo proceso de identificación, selección y afiliación al Régimen Subsidiado; pero a diferencia de lo que se decidió en las sentencias T-689 de 2003 y T-685 de 2004, la Sala ordenó directamente a la Secretaría Departamental de Salud del municipio receptor, suministrar los servicios requeridos por el actor, para lo cual debía asignarle una EPS-S. Es decir, en este último pronunciamiento, la Corte aplicó la regulación contenida en el Acuerdo 244 de 2003, de conformidad con la cual la entidad territorial -secretaría de salud del municipio o del departamento,- está obligada a prestar los servicios de salud a los usuarios del Régimen Subsidiado en Salud que trasladen su residencia a un municipio bajo su competencia, y esta posición, se encuentra armonizada con la regulación actual, contenida en el Acuerdo 415 de 2009, ya señalada.

4.3. En consecuencia, la Sala reitera que de conformidad con la Constitución y la

jurisprudencia constitucional, los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen derecho a acceder a los servicios que requieran en cualquier lugar del territorio, y en ese sentido, las entidades promotoras de salud deben garantizar la prestación de los mismos, directamente o por medio de otra entidad de salud con la cual se haya acordado dicha prestación. Este ámbito de protección del derecho fundamental a la salud ha sido desarrollado y especificado por el Congreso de la República en la Ley 1438 de 2011, bajo el nombre de garantía de portabilidad.

Una vez señaladas las reglas sobre acceso al servicio de salud, pertinentes a los casos bajo estudio, la Sala pasa a pronunciarse sobre cada uno de ellos, comenzando por la situación del niño Juan Sebastián Arcila Álvarez.

5. La EPS Servicio Occidental de Salud S.A. SOS no vulneró el derecho fundamental a la salud del niño Juan Sebastián Arcila Álvarez, pues la entidad autorizó y suministro al menor todos los servicios requeridos para tratar la enfermedad parálisis cerebral, sin exigir a su familia el pago de copagos o cuotas moderadoras.

5.1. El menor Juan Sebastián Arcila Álvarez sufre de parálisis cerebral. Su padre, el señor Richard Arcila Giraldo, solicitó ordenar a la EPS Servicio Occidental de Salud, exonerar al niño del pago de copagos y cuotas moderadoras en la prestación de los servicios de salud que requiere. El juez de primera instancia ordenó a la entidad exonerar al niño de pagos moderadores; en el escrito de impugnación, la EPS sostuvo que no existe orden médica para algún servicio que no haya sido autorizado al niño, e hizo una relación de los servicios que requiere el menor y son suministrados por la entidad sin cobro de pagos moderadores. A este tema se refirió el juez de segunda instancia en los siguientes términos:

“(…) conforme las prueba aportadas por la EPS, a folios 73-78 del cuaderno original los servicios autorizados al menos así: manejo integral-asistencia domiciliario cuota moderadora 0 y copago 0, manejo integral-pulsoxímetro alquiler mes cuota moderadora 0 y copago 0, manejo integral-cama hospitalaria dos niveles barandas alquiler cuota moderadora 0 y copago 0, manejo integral-aspirador de secreciones cuota moderadora 0 y copago 0, manejo integral-alquiler de BPAP cuota moderadora 0 y copago 0, hospitalización médica cuota moderadora 0 y copago 0.”

5.2. Al respecto, la Sala reitera la regla expuesta en la parte considerativa de este fallo,

según la cual: está constitucionalmente prohibido aplicar pagos moderadores a los servicios que requiere una niña o un niño cuyos acudientes no cuentan con los recursos económicos para cubrir esos gastos.

5.3. En el caso concreto, el Servicio Occidental de Salud aportó al proceso las órdenes de los servicios que han sido autorizados a Juan Sebastián menor, y en ninguno de ellos, la entidad cobró cuotas moderadoras o copago a la familia del menor. Lo anterior se desprende, como lo afirmó el juez de segunda instancia, de las pruebas consignadas en los folios 73 a 78 del cuaderno principal de tutela, pero también de las autorizaciones de servicios que fueron anexadas por la EPS a la contestación del auto de pruebas enviado por esta Sala, consignadas en los folios 82 a 149 del cuaderno de revisión de tutela. Por su parte, el señor Richard Arcila, en respuesta al mismo auto de pruebas, aportó fotocopia de las facturas de venta expedida por Comfandi IPS para la prestación de los servicios: (i) consulta de control por fisiatría, (ii) consulta de control por gastroenterología, (iii) consulta de control por neurología y (iv) consulta de control por pediatría; por cada uno de estos servicios, autorizados todos el 28 de julio del presente año, el peticionario canceló una cuota moderadora de dos mil cien (2.100) pesos. Así es como la Sala encuentra que los pagos sobre los cuales el actor pide exoneración, son las cuotas moderadoras que le ha cobrado Comfandi IPS, en el momento en que Juan Sebastián se presenta para una cita de control, y que el Servicio Occidental de Salud no ha cobrado valor alguno.

5.4. No obstante la EPS accionada no vulneró el derecho a la salud del menor Juan Sebastián Arcila, sin embargo, Comfandi IPS persiste en el cobro de las cuotas moderadoras, pero dado que (i) no fue vinculada al proceso de tutela, (ii) que la Sala no tenía conocimiento, en principio, a cuales cobros hacía referencia el actor en su tutela, y que tan sólo allegada la respuesta al auto de pruebas, se pudo comprobar que el peticionario se refería a las cuotas moderadoras cobradas por Comfandi IPS, (iii) que es la EPS la entidad directamente responsable de garantizar al afiliado el acceso a los servicios de salud y de establecer las condiciones de dicho acceso, (iv) que en virtud del contrato que debe existir entre Comfandi IPS y la EPS Servicio Occidental de Salud para la prestación de los servicios de salud que requieren los usuarios afiliados a esta última entidad, la EPS es la encargada, como administradora, de garantizar que los servicios se presten sin obstáculos injustificados y (v) que si bien el Servicio Occidental de Salud no ha cobrado suma de dinero a la familia del menor Juan Sebastián, Comfandi IPS si lo ha hecho, y el cobro de pagos moderadores es

inconstitucional cuando se trata de un niño o una niña cuyos acudientes no tienen como sufragarlos, la Sala ordenará al Servicio Occidental de Salud concretar con Comfandi IPS la forma en que serán eliminados los costos que esta última institución cobra a la familia del niño por los servicios que requiera, y en caso de que los mismos no puedan suprimirse, se deberá concretar la forma en que los mismos serán asumidos por las entidades, de acuerdo a los términos de su relación contractual.

5.5. Ahora bien, en la parte resolutive de la sentencia, la Sala revocará el fallo de primera instancia del Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali, y la sentencia de segunda instancia, del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, que declaró la improcedencia de la acción contra la EPS accionada, y en su lugar, negará la protección solicitada.

5.6. Finalmente, la Sala debe aclarar que revoca la decisión de segunda instancia, específicamente, porque no comparte el hecho de que la tutela haya sido declarada improcedente. El Juez de conocimiento argumentó que en fallo del 19 de agosto de 2003, el Juzgado Once Civil Municipal de Cali ya le había ordenado al Servicio Occidental de Salud suministrar al niño el tratamiento integral de su enfermedad, y por lo tanto, concluyó que la acción aquí estudiada era temeraria. Al respecto, la Sala se permite recordar al juzgado que tratándose del derecho fundamental a la salud, esta Corporación ha sostenido que una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenazas de su derecho a la salud.<sup>24</sup> Así, existiendo una decisión de tutela previa, si un usuario del Sistema de Salud o sus acudientes, consideran que la entidad responsable no está garantizando el acceso a todos los servicios de salud requeridos, podrá, siempre, presentar una nueva acción de tutela, pues no es siquiera razonable considerar que en el transcurso del tiempo, que en el caso concreto fueron 7 años, las condiciones de salud de una persona que sufre una enfermedad irreversible, se hayan mantenido, sin desmejorarse, o que en ese tiempo, la entidad accionada no haya podido incurrir en una omisión en su deber en la prestación de los servicios de salud.

Resuelto el primero de los casos, la Sala se pronunciará sobre la petición de la señora Silvia Yolanda Preciado.

6. La Secretaría Departamental de Salud del Valle de Cauca vulneró el derecho fundamental a la salud de la señora Silvia Yolanda Preciado, por no suministrarle el medicamento Xeloda 2000mg, porque la peticionaria se encontraba afiliada al Régimen Subsidiado en Salud SISBEN nivel II en Tumaco, y no en Cali, su actual lugar de residencia.

6.1. La señora Silvia Yolanda Preciado sufre de cáncer de seno izquierdo. El 31 de enero de 2010, el médico Alejandro Hijuelos Reyes, adscrito al área de oncología del Hospital Universitario del Valle, le ordenó el medicamento Xeloda 2000mg.<sup>25</sup> La accionante solicitó el medicamento al Hospital, pero allí le informaron que el servicio no podía ser suministrado porque ella se encontraba afiliada al Régimen Subsidiado en Salud en la ciudad de Tumaco, y no en Cali.

6.2. Pues bien, de conformidad con la garantía de portabilidad contenida en la Ley 1438 de 2011, según la cual (...) 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, Comfamiliar EPS-S, en principio, debía garantizar a la peticionaria la continuidad en el tratamiento contra el cáncer, y los servicios que para ello se le venían suministrando en Tumaco; en el caso concreto, Comfamiliar no continuo asumiendo la prestación de los servicios en Cali.

6.3. Sin embargo, la Sala encuentra probado que (i) la Señora Silvia Yolanda se acercó al Hospital Universitario del Valle, institución que presta sus servicios a las personas que se encuentran afiliadas al Régimen Subsidiado en Cali, y aunque fue atendida en el área de oncología, no le fue autorizado el medicamento requerido, Xeloda 2000mg; y (ii) la accionante se dirigió a Tumaco para notificar a Comfamiliar EPS-S su cambio de residencia a Cali y solicitar el traslado de ciudad. Sobre este hecho, existe la afirmación del juez de conocimiento del presente proceso, en el sentido de que la accionante le manifestó vía telefónica que el SISBEN ya le había entregado la carta para realizar el traslado.<sup>26</sup>

6.4. Sobre la primera situación probada, es cierto que de conformidad con el Acuerdo 415 de 2009, la accionante, al momento de trasladarse de municipio, debía continuar recibiendo la atención en salud por parte Comfamiliar EPS-S, o por parte de la entidad con la cual Comfamiliar hubiere contratado la prestación del servicio en Cali; pero teniendo en cuenta que por voluntad del legislador, todos los usuario del Sistema de Seguridad Social en Salud

tiene derecho a acceder a los servicios que requieran en cualquier parte del territorio -garantía de portabilidad,- resulta irrazonable que las entidades accionadas limiten el derecho a la salud de la señora Silvia Yolanda Preciado, con el objeto de garantizar el cumplimiento de una norma, cuando la interpretación de ésta, a la luz del orden constitucional y legal vigente, no contempla tal carga.

6.5. Sin perjuicio de la anterior consideración, y haciendo referencia a la segunda situación probada por esta Sala, en todo caso, la señora Preciado se dirigió a Tumaco a notificar a su EPS su traslado de municipio de residencia a Cali; y según afirmó la Secretaria Municipal de Salud de Cali, dicho traslado se encuentra validado en el Departamento Nacional de Planeación.<sup>27</sup> Sin embargo, una vez esta Sala consultó la base de datos única de afiliados al sistema de seguridad social, actualizada al 10 de agosto de 2011, la señora Silvia Yolanda continua figurando como afiliada al régimen subsidiado en Tumaco.<sup>28</sup>

6.6. Por lo tanto, con el ánimo de evitar que se obstaculice el acceso a los servicios de salud que requiere la peticionaria, la Sala ordenará a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca dar continuidad a los trámites administrativos que sean de su competencia, para concretar el proceso de traslado de la señora Silvia Yolanda, del Régimen Subsidiado en Salud de Tumaco a la ciudad de Cali, y además, ordenará que mientras se materializa dicho traslado, asigne a la accionante una EPS-S en Cali que le preste los servicios requeridos para tratar su enfermedad. Y en consecuencia, la Sala Primera de Revisión revocará el fallo de única instancia del Juzgado Décimo Administrativo del Circuito Judicial de Cali, que declaró la improcedencia de la acción, y protegerá el derecho a la salud de la accionante.

## 7. Conclusión

La Sala Primera de Revisión reitera que (i) los pagos moderadores no pueden constituir barreras al acceso a los servicios de salud que requieren los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud, especialmente de los niños y de las niñas, cuando sus padres o familiares no tienen la capacidad económica de soportar el pago del mismo.

(ii) Una acción de tutela no es temeraria, en principio, cuando la presenta una persona, ante nuevas violaciones o amenazas de su derecho fundamental a la salud.

Y, finalmente, (iii) los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud tienen derecho a

acceder a los servicios que requieran, en cualquier parte del territorio. Por lo tanto, una entidad de salud vulnera el derecho fundamental a la salud cuando obstaculiza irrazonablemente el acceso a un servicio requerido, porque el usuario se encuentra afiliado al Sistema en un lugar diferente al de residencia.

### III. DECISIÓN

En merito de lo expuesto, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del Pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE:

Primero.- REVOCAR el fallo de segunda instancia del Juzgado Segundo Penal para Adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, proferido el nueve (09) de febrero de dos mil once (2011), que a su vez confirmó el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Cali, el veinte (20) de diciembre de dos mil diez (2010), en el que se declaró la improcedencia de la acción de tutela, para en su lugar, negar el amparo de los derecho fundamentales del menor Juan Sebastián Arcila Álvarez, quien actúa a través de su padre Richard Edier Arcila Giraldo, contra el Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A. y la Superintendencia Nacional de Salud;

Segundo.- ORDENAR al Servicio Occidental de Salud EPS SOS S.A. que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, inicie los trámites administrativos tendientes a concretar con Comfandi IPS la forma en que serán suprimidos los costos que ésta última entidad cobra a la familia del niño Juan Sebastián Arcila Álvarez por la prestación de los servicios que requiere; pero si dichos costos no pueden ser eliminados, se deberá establecer la forma en que los mismos serán asumidos por las entidades, de acuerdo a los términos de su relación contractual. En todo caso, si se incurre en un costo que legal o reglamentariamente no le corresponda asumir a la EPS, ésta podrá recobrar ante el FOSYGA.

Tercero.- REVOCAR la sentencia de única instancia del Juzgado Décimo Administrativo del

Circuito Judicial de Cali, proferida el diecisiete (17) de marzo de dos mil once (2011), que declaró la improcedencia de la acción dentro del proceso de tutela de Silvia Yolanda Preciado contra el Hospital Universitario del Valle Evaristo García, Calisalud EPS-S -en liquidación- y la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca, y en su lugar, AMPARAR su derecho fundamental a la salud.

Cuarto.- ORDENAR a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, dé continuidad a los trámites administrativos que sean de su competencia, para que se concrete el traslado de la señora Silvia Yolanda Preciado del Régimen Subsidiado en Salud de Tumaco a la ciudad de Cali. El traslado de la señora Preciado deberá quedar finalizado en un término no mayor a un (1) mes contado a partir de la notificación de esta sentencia.

Quinto.- ORDENAR a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, a través de la red de servicios contratada para atender a los afiliados al Régimen Subsidiado en Salud en Cali, suministre a la señora Silvia Yolanda Preciado el medicamento Xeloda 2000mg, en la cantidad y con la periodicidad ordenada por su médico tratante.

Sexto.- ORDENAR a la Secretaría Departamental de Salud del Valle del Cauca que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta providencia, asigne a la señora Silvia Yolanda Preciado, una EPS-S en Cali, para que le preste la atención en salud que requiera para el tratamiento de la enfermedad cáncer de seno izquierdo, hasta que se surta efectivamente el trámite de traslado y le sea asignada una EPS-S permanente.

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

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

JUAN CARLOS HENAO PÉREZ

Magistrado

Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Los procesos de la referencia fueron seleccionados para revisión, y acumulados entre si, por la Sala de Selección Número Cuatro, mediante Auto proferido el veintiocho (28) de abril de dos mil once (2011).

2 Folio 6. En adelante siempre que se cite un folio se entenderá que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa.

3 El menor tiene una pérdida de capacidad del 95% por origen común (folio 6).

4 El juzgado de conocimiento vinculó a la acción a la DIAN, entidad que certificó que el peticionario no tiene saldos calculados de obligaciones asociadas (folio 50), y a la Cámara de Comercio de Cali, la cual señaló que el señor Richard Arcila Giraldo no figura como propietario de establecimiento de comercio (folio 51).

5 Folios 72 a 78.

6 Folio 3.

7 Folios 45 a 149.

8 Al respecto, en el apartado 4.4.5.1.2 de la sentencia T-760 de 2008, la Corte explicó “En desarrollo de estas disposiciones constitucionales, el legislador estableció que las personas afiliadas y beneficiarias del Sistema General de Seguridad Social en Salud están sujetas a ‘pagos moderadores’ entendiendo por tales, ‘pagos compartidos, cuotas moderadoras y deducibles’ (artículo 187 de la Ley 100 de 1993).<sup>8</sup> Los ‘pagos moderadores’ pueden ser de

dos tipos: aquellos dirigidos a ‘racionalizar’ los servicios y aquellos dirigidos a ‘complementar la financiación de los servicios prestados’.<sup>8</sup> El legislador advierte que en el caso de los afiliados cotizantes, los ‘pagos moderadores’ sólo pueden ser aplicados con un ‘exclusivo objetivo’, a saber, ‘racionalizar el uso de servicios del sistema’; mientras que en el caso de los beneficiarios, tales pagos también se aplicarán con el objetivo de ‘complementar la financiación del plan obligatorio de salud POS.’”

9 Ver el apartado 4.4.5.1. de la sentencia T-760 de 008 (M.P. Manuel José Cepeda).

11 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

12 Esta regla fue reiterada, por lo menos, en los siguientes fallos: T-255 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández), T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-346 de 2009 (M.P. María Victoria Calle Correa).

En este apartado la Corte citó la sentencia T-225 de 2007 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) en la cual se señaló que “(...) cuando una persona se encuentra en condiciones de pobreza, y requiera de un tratamiento o procedimiento médico que le proteja su derecho a la vida en condiciones de dignidad, no se podrá interponer obstáculos de carácter económico, debido a su imposibilidad económica para la no realización de dichos procedimientos. Lo anterior adquiere mayor importancia, como se verá en concreto frente a las circunstancias del caso revisado si el afectado con la decisión de la entidad prestadora de servicios de salud es un menor de edad, pues para su caso, el derecho a la salud es de naturaleza fundamental y, por tanto, es procedente su protección a través del amparo constitucional no sólo en los eventos en que se afecten de forma grave los derechos a la vida y a la integridad física, sino también cuando se compruebe que, a raíz de la falta de atención médica, se impide el mantenimiento de adecuadas condiciones biológicas o psíquicas del niño.”

13 Artículo 152.

14 Ley 1438 de 2011 “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.”

15 El artículo 22 de la Ley 1438 de 2011 señala lo siguiente “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.// Parágrafo transitorio. Esta disposición entrará en vigencia a más tardar el primero (1º) de junio del 2013.”

16 De acuerdo al artículo 60, la redes integradas “(...) se definen como el conjunto de organizaciones o redes que prestan servicios o hacen acuerdos para prestar servicios de salud individuales y/o colectivos, más eficientes, equitativos, integrales, continuos a una población definida, dispuesta conforme a la demanda.”

17 Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 14: “b) Accesibilidad. Los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte. La accesibilidad presenta cuatro dimensiones superpuestas: i) No discriminación: los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos. ii) Accesibilidad física: los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance geográfico de todos los sectores de la población, en especial los grupos vulnerables o marginados, como las minorías étnicas y poblaciones indígenas, las mujeres, los niños, los adolescentes, las personas mayores, las personas con discapacidades y las personas con VIH/SIDA. La accesibilidad también implica que los servicios médicos y los factores determinantes básicos de la salud, como el agua limpia potable y los servicios sanitarios adecuados, se encuentran a una distancia geográfica razonable, incluso en lo que se refiere a las zonas rurales. Además, la accesibilidad comprende el acceso adecuado a los edificios para las personas con discapacidades. iii) Accesibilidad económica (asequibilidad): los establecimientos, bienes y servicios de salud deberán estar al alcance de todos. Los pagos por servicios de atención de la salud y servicios relacionados con los factores determinantes básicos de la salud deberán basarse en el principio de la equidad, a fin de asegurar que esos servicios, sean públicos o privados, estén al alcance de todos, incluidos los grupos socialmente desfavorecidos. La equidad exige que sobre los hogares más pobres no recaiga una carga desproporcionada, en lo que se refiere a los gastos de salud, en

comparación con los hogares más ricos. iv) Acceso a la información: ese acceso comprende el derecho de solicitar, recibir y difundir información e ideas acerca de las cuestiones relacionadas con la salud. Con todo, el acceso a la información no debe menoscabar el derecho de que los datos personales relativos a la salud sean tratados con confidencialidad.”

18 Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-739 de 2004 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-223 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández) T-905 de 2005 (M.P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-1228 de 2005 (M.P. Jaime Araujo Rentarías), T-1087 de 2007 (M.P. Jaime Córdoba Triviño) y T-550 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo).

19 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

20 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

21 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

22 Esta posición fue reiterada en la sentencia T-248 de 2005 (M.P. Clara Inés Vargas Hernández).

23 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

24 Por ejemplo, la Corte ha sostenido que cuando dos acciones comparten los mismos hechos y las mismas partes, no por eso se debe declarar que hay temeridad. Es deber del juez de instancia verificar que el peticionario actuó con dolo, a sabiendas de que entre las acciones presentadas no hay ninguna diferencia fáctica. Ver por ejemplo las sentencias T-433 de 2006 (MP Humberto Sierra Porto), T-568 de 2006 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), T-362 de 2007 (M.P. Jaime Araujo Rentarías), T-390 de 2007 (M.P. Manuel José cepeda Espinosa), T644 de 2008 (M.P. Jaime Córdoba Triviño), y T-139 de 2011 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre otras.

25 Folio 22.

26 Folio 57.

27 Folio 15 impresión de la validación en el DNP.

28 Folio 17. Sobre la Base de Datos única de Afiliados al Sistema de Seguridad Social (BDUA), el artículo 41 del Acuerdo 415 de 2009 establece: “MANEJO DE INFORMACIÓN EN LOS CAMBIOS DE MUNICIPIO O DISTRITO DE RESIDENCIA. Una vez sea detectado el traslado por cualquiera de los mecanismos señalados en el artículo 39 de este Acuerdo, la EPS-S receptora deberá informar al afiliado, sobre su nueva red prestadora y señalarle el procedimiento de afiliación en el nuevo municipio según sea el caso. Así mismo, la EPS-S receptora deberá informar a la Entidad Territorial responsable de la operación del Régimen Subsidiado del municipio receptor así como a la del municipio de origen sobre la novedad de traslado de municipio de residencia del afiliado. El registro de la novedad por traslado de municipio ante la BDUA deberá realizarse en los términos y plazos establecidos en la normatividad vigente. El Ministerio de la Protección Social generará un reporte mensual de novedades de traslado por municipio de residencia e informará a las Entidades Territoriales responsables de la operación del Régimen Subsidiado y EPS-S.”