



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 1



LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

Magistrado ponente

STP9396-2018

Radicación n° 96578.

Acta 242.

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de julio de dos mil dieciocho (2018).

I. ASUNTO

Se decide la impugnación presentada por la accionante **NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA**, frente al fallo proferido el 14 de junio de 2018 por la **Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá**, que negó la acción de tutela interpuesta para la protección de sus derechos fundamentales a la vida y salud, presuntamente vulnerados por la **Dirección de Sanidad de la Policía Nacional**,

Ministerio de Defensa Nacional y Compensar E.P.S., trámite al que fueron vinculados el **Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio,** la **Dirección de Talento Humano de la Secretaría de Educación de Bogotá,** la **Dirección de Sanidad Seccional Bogotá,** la **FIDUPREVISORA,** el **Consorcio FOPEP,** la **Alcaldía Mayor de Bogotá, D.C.,** la **E.P.S. CAPRECOM (hoy liquidada),** la **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP),** el **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP),** la **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)** y los **Ministerios de Salud y Protección Social, Educación Nacional** y del **Trabajo.**

II. HECHOS Y FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Los sucesos que motivaron la solicitud de amparo constitucional y las pretensiones de la parte demandante, fueron reseñados por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá de la siguiente manera:

La accionante señala que se desempeñó como docente oficial desde el 3 de abril de 1957 al 30 de junio de 1986, con prestación en salud dentro del régimen de excepción del magisterio e indica que mediante resolución No. 0838 de 1987, le reconocieron pensión vitalicia.

Así mismo, el 1 de agosto de 2016, le fue sustituida la pensión de su esposo, quien laboraba en la Policía Nacional, siendo este beneficio posterior al del magisterio.

Refiere que inicialmente estuvo afiliada a CAPRECOM y desde el año 2003 en COMPENSAR, EPS que la ha prestado de manera satisfactoria la atención en salud, de manera que desea continuar con el disfrute de los servicios que “proviene como fruto único de mi derecho laboral”.

Si bien es cierto, se encuentra afiliada a COMPENSAR, ello no quiere decir que pertenezca al sistema general de salud, como quiera que pertenece al régimen especial o de excepción, por haber sido docente oficial y por estar pensionada por la Nación, desde 1987.

Reseña que el pasado mes de julio se acercó a la EPS a solicitar una cita, siendo allí informada que fue desafiliada porque aparece con vinculación activa en la Policía Nacional, dado que el “régimen de excepción prevalece sobre el de prima media”.

Pone de presente que su estado de salud es delicado, por tanto, está recibiendo tratamiento especializado por parte de COMPENSAR, quien le proporciona los medicamentos para sus afecciones, los cuales no han sido entregados por la desafiliación.

Informa que por su avanzada edad, dicha entidad le ofrecía el servicio de remedios a domicilio a bajo costo, como quiera que no todas las veces sus hijos pueden ir a reclamar los mismos, alternativa que no es ofrecida por la Policía Nacional, entidad de la cual no ha recibido atención o tratamiento médico.

En consecuencia, solicita a la EPS COMPENSAR, seguir prestando el servicio de salud al que tiene derecho por pertenecer al régimen de excepción del magisterio, de

conformidad con lo establecido en el art. 279 de la Ley 100 de 1993. Esto en razón a que el tratamiento que venía recibiendo para sus patologías fue suspendido por la desafiliación.

En igual sentido, a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que proceda a retirarla del régimen especial de esa institución, como beneficiaria de la sustitución pensional de su esposo fallecido.

III. INFORMES

1. Fiduprevisora S.A., en calidad de vocera y administradora del **Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG)**, expresó que *«no tiene la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios, es más, no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica, administrativa para realizar actividades propias de la prestación de servicios de salud y mucho menos como entidad promotora de servicios de salud»*, sumado a que la demandante *«no es docente del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio»*.

Adicionalmente, expuso que carece de legitimación en la causa por pasiva, debido a que COMPENSAR E.P.S. es la obligada en adoptar las medidas tendientes a garantizar los derechos constitucionales objeto de esta actuación y aclarar *«la calidad bajo la cual se encuentra adscrita la accionante a esa EPS, ya que NO ES POR PARTE DEL MAGISTERIO, Y POR ENDE, DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (sic)»*.

2. El **Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP)** relató que el 16 de diciembre de 2017 la accionante solicitó la actualización de sus datos, debido a que pertenece al régimen de excepción de la Policía Nacional; y, en consecuencia, le exigió el reintegro de lo descontado por salud para la E.P.S. Compensar, frente a lo cual le respondió que *«es necesario allegue certificación de la Asistencia Médica Sanidad Nacional de la Policía Nacional, realizando la misma gestión ante la EPS compensar (sic), solicitando se actualice la página del FOSYGA administrada por el consorcio ADRES»*.

Igualmente, expuso que el 18 de enero de 2018 la interesada pidió la *«Suspensión de Descuentos de salud a la ESP compensar (sic)»*, la cual también fue contestada negativamente, debido a que *«no ha recibido por parte de la señora Nelly Aurora García (sic), documento que demuestre que la misma pertenece a algún régimen de excepción, circunstancia que imposibilita a la entidad a realizar las modificaciones solicitadas»*.

3. **COMPENSAR E.P.S.**, alegó que no han vulnerado las garantías fundamentales de la señora NELLY AURORA MARTÍNEZ, pues en la actualidad no se encuentra afiliada a la dicha entidad *«en el régimen contributivo»*, porque la misma pertenece al excepcional. Aportó copia del formulario diligenciado por ella en el año 2003 para afiliarse a aquella institución.

4. El **Consorcio FOPEP 2015** exteriorizó que los aportes son girados automáticamente a la E.P.S., en la que aparece registrada la accionante en el ADRES (Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud). Por consiguiente, adujo que los aportes se realizan con destino a COMPENSAR E.P.S., entidad en donde figura NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, como afiliada al régimen contributivo, en estado retirado.

Añadió que no es de su competencia la afiliación a las E.P.S., del régimen contributivo, así como tampoco gestionar su realización, porque su función es administrar los recursos del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional; es decir, pagos y descuentos. Igualmente, precisó que si la interesada no pertenece al régimen contributivo, quien debe prestarle los servicios de salud es la IPS adscrita al Fondo del Magisterio. En caso contrario, si NELLY AURORA MARTÍNEZ continúa con el régimen contributivo, los aportes deberán continuar siendo girados a la E.P.S. COMPENSAR.

5. **CAPRECOM E.P.S.**, hoy liquidada, la **Secretaría de Educación Distrital de Bogotá**, la **Secretaría de Hacienda Distrital del Bogotá**, el **Ministerio de Educación Nacional**, el **Ministerio de Salud y Protección Social**, así como el **Ministerio del Trabajo**, manifestaron que carecen de legitimación en la causa por pasiva, porque: no es la entidad encargada de prestar el servicio de salud a los Docentes Oficiales; la interesada no laboró en alguna de las entidades liquidadas a su cargo; no fue comisionado para reconocer la

pensión a la accionante; no presta servicios de salud ni tiene el deber de administrar los servicios médicos asistenciales del profesorado y sus beneficiarios; dentro de sus funciones no está la de afiliar o desafiliar a los usuarios, realizar novedades de traslado o actualizaciones en la BDUA; y la Superintendencia Nacional de Salud es la encargada de inspeccionar, vigilar y controlar el SGSSS; respectivamente.

6. La **Dirección de Sanidad de Bogotá de la Policía Nacional** refirió que la accionante se encuentra afiliada en calidad de «*cotizante y en estado activo*» en el Plan Obligatorio de Salud de la Dirección de Sanidad – régimen de excepción, como beneficiaria por sustitución de pensión de su cónyuge. Por ende, se convierte en «*cotizante obligatoria y debe continuar afiliada al Subsistema de salud de esta Institución*».

7. La **Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP)** manifestó que «*ha cumplido con su obligación y función (liquidación y remisión a FOPEP) dentro de sus competencias legales, sin que se pueda endilgar responsabilidad alguna en la materialización del pago, dado que la misma se encuentra en cabeza de otra entidad*».

8. La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES)** informó que la obligación de reportar las novedades a las que haya lugar se encuentra en cabeza de las entidades que administran afiliados en los distintos regímenes (E.P.S. y dependencias del sector especial o excepcional), «*en tanto son éstas quienes cuentan con la información para adelantar dicho proceso*».

Precisó que tiene el «*carácter de operador de la Base de Datos Única de Afiliados, por lo que la actualización de la información que en ella reposa, solamente puede darse después del reporte de la entidad encargada de dicha tarea, siguiendo el procedimiento establecido en la normatividad aplicable*». Es decir, no puede desplegar actuación alguna «*mutuo propio (sic)*» que modifique la información allí consignada.

IV. DEL FALLO RECURRIDO

1. La Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, mediante la providencia referenciada, declaró improcedente el amparo por los siguientes motivos:

1.1. El régimen excepcional del Subsistema de Salud de la Policía Nacional también cuenta con las garantías médico asistenciales que ofrece el sistema general. Por ende, estimó que «*la mera inconformidad de la actora, no deriva en perjuicio de sus derechos fundamentales, máxime que en ningún momento demostró que la Policía Nacional haya negado su acceso a los servicios médicos que requiere, por lo que no puede entenderse configurada la vulneración que alega en la demanda*».

1.2. En aras de garantizar la continuidad en la prestación del servicio médico frente a tratamientos y medicamentos que actualmente recibe la demandante, resulta necesario ordenarle a la E.P.S. COMPENSAR que

efectúe *«el correspondiente empalme con el Subsistema de Salud de Policía Nacional, respecto de la historia clínica y el tratamiento que viene recibiendo»*; sin perjuicio de *«recordar a la Policía Nacional su obligación de atender con prontitud los requerimientos que en materia de salud tengan los adultos mayores»*.

V. DE LA IMPUGNACIÓN

1. Fue presentada por NELLY AURORA MARTÍNEZ, insistiendo en que ostenta la condición de *«docente nacional con pensión reconocida por la Caja Nacional de Previsión»*; situación que no tuvo en cuenta el A quo constitucional y que *«lo lleva a tener como demostrado un hecho inexistente, consistente en que yo estaba afiliada y pertenezco al régimen de seguridad Social (sic) de la Ley 100 de 1993»*.

2. Expresó la recurrente que el problema jurídico a resolver es cuál de los dos (2) regímenes excepcionales debe prevalecer: si el de la Policía Nacional (adquirido recientemente, en virtud de la sustitución pensional de su ex cónyuge), o el del magisterio (obtenido con ocasión de la prestación de sus servicios y posterior jubilación, como docente a nivel nacional), prefiriendo la interesada este último.

3. Explico que prefiere la continuidad de la prestación de los servicios hospitalarios por la E.P.S. COMPENSAR, en atención a que, actualmente está en tratamiento en dicha empresa por las enfermedades que padece (síndrome

epiléptico, hipotiroidismo y depresión), a cargo de un médico en específico que le efectúa controles periódicos y le presta el suministro de medicinas; ello, a pesar de que pertenece al régimen excepcional de salud del Magisterio.

4. Finalmente, adujo que *«ha intentado solicitar una cita Médica en Sanidad de la policía (sic), Pero (sic) en dos ocasiones han sido canceladas por parte de Sanidad, demostrando que Esta (sic) entidad No (sic) está en condiciones de prestarme la atención q (sic) necesito para atender mis graves enfermedad (sic)»*. Agregó que solicitó certificación de lo manifestado, pero *«Sanidad me exige pasar un derecho de petición para que se me certificara la cancelación de las citas, ya que esa información se encuentra es en el sistema»*.

VI. CONSIDERACIONES

1. Conforme lo establecido en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, es competente esta Sala para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta, en tanto lo es en relación con la sentencia de tutela adoptada en primera instancia por la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, cuyo superior funcional lo es esta Corporación.

2. En el asunto bajo estudio, el problema jurídico a resolver se contrae a determinar si la E.P.S. COMPENSAR, al terminar su vínculo¹ con NELLY AURORA MARTÍNEZ DE

¹ Dicha desvinculación sucedió el 29 de junio de 2017.

GARCÍA y, en consecuencia, «*cesar la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios*»², con la justificación que ella cumplió «*con las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado o especial legalmente establecido*»³ (Policía Nacional), lesionó o no sus derechos fundamentales a la vida y salud.

Lo anterior, obedece a que, según la accionante, recibía mejor atención médica en COMPENSAR E.P.S. (sistema presuntamente obtenido con ocasión de su trabajo y posterior jubilación como docente a nivel nacional), que en este último (adquirido recientemente, en virtud de la sustitución pensional de su ex cónyuge); y además, porque considera que nunca ha recibido servicio hospitalario por el régimen militar, lo cual afecta la continuidad de sus tratamientos.

3. Con el propósito de definir la situación planteada, se estima pertinente abordar los siguientes tópicos: (i) el derecho fundamental a la salud; (ii) el adulto mayor, como sujeto de especial protección, frente a la garantía constitucional de la salud; (iii) el régimen excepcional del magisterio en cuanto a salud; (iv) el régimen especial en salud de la Policía Nacional; (v) la diferencia entre la pertenencia al Sistema General de Seguridad Social en Salud y los regímenes excepcionales o especiales, de cara a la libre escogencia; (vi) la continuidad en la prestación del servicio de salud; y (vii) el caso concreto.

² Artículo 2.1.3.18 del Decreto 780 de 2016.

³ Canon 2.1.3.17-6 *ibídem*.

El derecho fundamental a la salud

4. El derecho a la seguridad social contemplado en el artículo 48 Superior, adquiere carácter de fundamental cuando las circunstancias del caso conducen a que su desconocimiento ponga en peligro la vida, la dignidad o la integridad del individuo (CC -829-2005), motivo por el cual todas las personas, sin excepción, pueden acudir a la acción de tutela para lograr la efectiva protección de su garantía esencial de la salud.

5. Esta última prerrogativa protege, a la vez, múltiples ámbitos de la vida humana, por lo que ha sido considerado un derecho de naturaleza compleja, tanto por su concepción, como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan; igualmente por la magnitud y variedad de acciones u omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad en general, complejidad que implica, a efectos de asegurar el goce efectivo del mismo, que esté supeditado a los recursos materiales e institucionales disponibles.

6. Conforme la normatividad vigente, todas las entidades que prestan los servicios de salud, bien sea aquellas reguladas bajo la Ley 100 de 1993, o, como en el caso objeto de estudio, las cobijadas con la norma que estructuró el Subsistema de Seguridad Social en Salud para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, así como del magisterio, deben procurar, no solo de manera formal sino también material, por una atención médica adecuada, con la finalidad de efectivizar los derechos de sus afiliados; pues tal

prerrogativa comporta el goce de distintos derechos, en especial el de la vida en condiciones dignas, el cual debe ser efectivizado por el Estado (CSJ STP1871-2016, 18 feb. 2016, Radicación 83955).

El adulto mayor, como sujeto de especial protección, frente a la garantía constitucional de la salud

7. En relación con la protección reforzada de los adultos mayores, como es el caso de la señora NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, quien a la fecha cuenta con más de 82 años de edad⁴, la Corte Constitucional, en pronunciamiento CC T-745-2009, expresó:

*Para el caso de las personas de la tercera edad, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional, esta Corporación ha sostenido que el derecho a la salud adquiere la calidad de derecho fundamental autónomo, en razón a las circunstancias de debilidad manifiesta en que se encuentran. Por esta razón, el Estado y las entidades prestadoras de salud se encuentran obligadas a prestarles la atención médica integral que requieran, de conformidad con el tratamiento ordenado por el médico tratante, con sujeción a los principios de celeridad, eficiencia, **continuidad** y oportunidad. (Énfasis fuera de texto).*

⁴ Ver folio 44 del Cuaderno de Primera Instancia.

8. De otra parte, en sentencia CC T-022-2011, agregó que *«cuando un adulto mayor haga o no parte de la tercera edad, y se encuentre con alguna **afección que altere su salud**, la cual lo conduzca a solicitar la atención médica necesaria, sea dentro o por fuera del plan obligatorio de salud y esta se niegue, gozará de **protección constitucional** puesto que su derecho a la salud es fundamental»*⁵.

9. En ese sentido, puede afirmarse que las personas de la tercera edad, tras ser consideradas como sujetos de especial protección, gozan de un amparo excepcional, máxime cuando han superado la expectativa de vida de los colombianos y requieren atención médica de forma celer, eficiente, oportuna y continua.

Régimen Excepcional del Magisterio en cuanto a Salud

10. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio como una cuenta de la Nación, con el fin de administrar los recursos de seguridad social de los docentes **afiliados**, que incluye la prestación de los servicios de salud y el pago de sus prestaciones económicas. También establece que el Fondo debe ser administrado por una entidad fiduciaria.

11. La prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de la contratación con entidades de salud,

⁵ Énfasis fuera de texto.

de acuerdo con las instrucciones que imparte el Consejo Directivo del Fondo. Este sistema tiene carácter de excepcionado del Sistema de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993.

12. El Régimen Especial de Salud del Magisterio en Colombia es un «*Plan Integral*», que involucra, en primera instancia y como razón fundamental, a los docentes **afiliados** al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios, atendiéndolos mediante un conjunto de prestaciones de cobertura nacional, a través de contratistas habilitados para tal fin y seleccionados bajo el cumplimiento de estándares de calidad.

13. Para esos fines, Fiduciaria La Previsora presenta, en cada región, alternativas de selección, es decir, las entidades que hayan cumplido con todos los requisitos técnicos, administrativos y financieros para garantizar la adecuada prestación de servicios. Por tanto, constituye un deber del **afiliado** seleccionar una entidad contratista e inscribirse, en el término establecido para ello. Si el afiliado no hace uso de su derecho de seleccionar entidad contratista, Fiduciaria La Previsora hará la asignación pertinente.

14. En consecuencia, para pertenecer al Régimen Especial de Salud del Magisterio el interesado debe, además de desempeñarse como docente o ser pensionado, conforme lo ordena la Ley 91 de 1989, afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, así como a sus

beneficiarios, lo cual no efectuó NELLY AURORA MARTÍNEZ, como se explicará más adelante.

Régimen Especial en Salud de la Policía Nacional

15. A la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional le corresponde dirigir la operación y el funcionamiento del Subsistema de Salud de la Policía Nacional, con sujeción a las directrices trazadas por el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, al igual que prestar los servicios de salud a los afiliados y sus beneficiarios del Subsistema de Salud, a nivel nacional, a través de sus Establecimientos de Sanidad Policial, conforme lo establecen los artículos 18 y 19 del Decreto 1795 de 2000 *«Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional»*, como régimen expresamente excepcionado del Sistema General de Seguridad Social según lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993.

16. Por tanto, el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional se estructura mediante la Ley 352 de 1997, el Decreto 1795 de 2000 y los acuerdos del Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los cuales se establecen las políticas, principios, fundamentos, planes, programas y procesos del Sistema.

17. Resulta adecuado precisar que los servicios médicos — asistenciales que se encuentran contenidos en el Plan de

Servicios de Sanidad Militar y Policial, se prestan a todos los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que para tal efecto establezca el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el cual está sujeto a la disponibilidad presupuestal de cada uno de los Subsistemas.

18. En cuanto a la prestación de los servicios de salud para los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, el artículo 23 del Decreto 1795 de 2000⁶, dispone que son, entre otros, «*Los beneficiarios de pensión o de asignación de retiro por muerte del personal en servicio activo, pensionado o retirado de las Fuerzas Militares o de la Policía Nacional*», tal y como sucede con la accionante NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, quien sustituyó la pensión de vejez de su ex cónyuge.

Diferencia entre la pertenencia al Sistema General de Seguridad Social en Salud y los regímenes excepcionales o especiales, en cuanto a la libre escogencia

19. La Corte Constitucional, en pronunciamiento T-296-2016, sostuvo que la libre escogencia se erige como uno de los principios rectores del Sistema General de Seguridad Social en Salud y un derecho del afiliado, que consiste en la posibilidad, con que cuenta éste, de elegir entre un amplio

⁶ Por el cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

catálogo: (i) la empresa promotora de salud de su preferencia, para que le administre el servicio y de su red de servicios, y (ii) la institución que le prestara la atención correspondiente.

20. Sobre el particular, en la sentencia T-436 de 2004, dicha Corporación consideró que el derecho de libre escogencia goza de una triple connotación, pues es a la vez un *principio* rector y característica del Sistema General de Seguridad Social en Salud, un *derecho* para el afiliado y un *deber* de acatamiento para las Empresas Promotoras de Salud.

21. En cambio, en los regímenes exceptuados o especiales al Sistema General de Seguridad Social en Salud, los afiliados no cuentan con la posibilidad de escoger la E.P.S., con la que quieren contratar la prestación del servicio, dado que ese subsistema de salud se encarga de regular todo lo necesario. Por consiguiente, la persona que cumpla con los requerimientos para pertenecer a un régimen exceptuado debe incorporarse al mismo, a fin de recibir únicamente a través de ese sistema el servicio de salud (CC T-296-2016).

Prohibición de afiliación simultánea en regímenes exceptuados o especiales y el Sistema General de Seguridad Social en Salud

22. El fenómeno de la multifiliación, es decir, que una persona pertenezca a dos regímenes distintos, a más de una E.P.S., ostente varias calidades o pretenda estar afiliado al mismo tiempo a un régimen de excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de antaño ha sido

prohibido de forma expresa por diferentes disposiciones jurídicas que han regulado la materia. En la actualidad, los artículos 2.1.3.14⁷ y 2.1.13.5⁸ del Decreto 780 de 2016.

23. La Corte Constitucional ha manifestado que tal situación anómala está proscripta debido: (i) a la naturaleza especial y preferente de la afiliación a esos regímenes exceptuados, comoquiera que solo aquellos que cumplan con los requisitos de cada modalidad pueden hacer parte de los mismos; (ii) a la labor que desarrolla el Estado, con el propósito de conceder mayores beneficios y mejores condiciones a las personas que se encuentran adscritas a estos; y (iii) a la finalidad de evitar un pago doble por la cobertura de los servicios y la desviación de esos recursos (CC T-296-2016).

24. Para justificar la aludida prohibición, la encargada de la guarda y supremacía de la *norma de normas* advirtió: (i) la importancia de una administración ordenada del sistema; (ii) la obligación de prestar eficientemente el servicio de salud; y (iii) la trascendencia de la debida coordinación entre las entidades encargadas de dicha prestación⁹.

⁷ **Artículo 2.1.3.14. Afiliaciones múltiples.** En el Sistema General de Seguridad Social en Salud ninguna persona podrá estar afiliada simultáneamente en el régimen contributivo y subsidiado ni estar inscrita en más de una EPS o EOC ni ostentar simultáneamente las calidades de cotizante y beneficiario, cotizante y afiliado adicional o beneficiario y afiliado adicional, afiliado al régimen subsidiado y cotizante, afiliado al régimen subsidiado y beneficiario o afiliado al régimen subsidiado y afiliado adicional. Tampoco podrá estar afiliado simultáneamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y a un régimen exceptuado o especial.

⁸ **Artículo 2.1.13.5. Regímenes exceptuados o especiales y afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud.** Las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros. En consecuencia, no podrán estar afiliados' simultáneamente a un régimen exceptuado o especial y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.

⁹ CC T-296-2016.

25. Aquellas razones, en palabras de la aludida Colegiatura, encuentran fundamento constitucional en el artículo 49 cuyo texto dispone, de una parte, la obligación del Estado de organizar, dirigir y reglamentar la prestación de los servicios de salud conforme al principio de eficiencia y, de otra, el deber de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios que amparen su salud. Al respecto, también sostuvo que el principio de eficiencia consiste en obtener la mejor utilización de los recursos financieros disponibles, con el fin de prestar de manera adecuada los servicios de salud a toda la población del país¹⁰.

Continuidad en la prestación del servicio

26. La Corte Constitucional, mediante sentencia C-313-2014, reiterado en T-296-2016, precisó que el principio de continuidad en el servicio de salud tiene estrecha vinculación con los postulados reconocidos en los artículos 2 y 83 de la Constitución Política, pues constituye la garantía que tiene toda persona de no ser suspendida del tratamiento médico, una vez este se haya iniciado, menos cuando ello atiende a móviles presupuestales o administrativos.

27. Igualmente, en pronunciamiento T-899-2014, iterado en T-296-2016, dicho Tribunal sostuvo que la continuidad en el servicio de salud consagra dos componentes: (i) la prohibición de suspender el tratamiento;

¹⁰ *Ibidem*.

y (ii) la obligación de la E.P.S. de continuar el mismo hasta su culminación.

28. Más recientemente, en sentencia T-331-2015, repetida en T-296-2016, la citada Corporación insistió que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud no puede afectarse por cuestiones, discusiones o disputas administrativas o económicas. Sin embargo, mencionó que los servicios pueden **suspenderse** una vez que esa prestación sea asumida de manera efectiva por otra entidad, o en el evento en el que el paciente haya superado la enfermedad que se le venía tratando. Así lo destacó en esa oportunidad:

El derecho fundamental a la salud contempla el principio de continuidad, el cual consiste en que “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.

(...)

*En suma, las entidades responsables de prestar el servicio público de salud, no pueden suspender válidamente la prestación de tratamientos médicos ya iniciados, salvo cuando (i) el servicio médico requerido haya sido asumido y prestado de manera **efectiva** por otra entidad o; (ii) el paciente afectado en su salud, haya **superado el estado de enfermedad** que se le venía tratando. (Énfasis fuera de texto).*

29. Adicionalmente, en la sentencia T-067-2015 la Corte Constitucional señaló que, pese a que el servicio de salud debe atender el principio de continuidad, ello no impide que las E.P.S. ejerzan **actividades de control** en lo que atañe a la afiliación de los usuarios al sistema de salud, siempre y cuando se garantice el debido proceso a tales afiliados:

*La prestación del servicio público de salud debe atender al principio de continuidad sin que ello sea óbice para que las EPS ejerzan **actividades de control**, prevención y sanción con el fin de contrarrestar las irregularidades que se presenten en relación con la afiliación de los usuarios al sistema. En todo caso, cabe precisar que las decisiones de las EPS de suspender la prestación del servicio o desafiliar a una persona del Sistema no pueden adoptarse de **manera unilateral y caprichosa**, pues siempre habrá de garantizarse el debido proceso a los afiliados. Además, la prestación del servicio de salud debe darse de forma continua y los usuarios del sistema de salud deben recibir la atención de manera completa, según lo prescrito por el médico tratante, en consideración al principio de integralidad. Por tanto, las EPS no pueden omitir la prestación de los servicios de salud que supongan la interrupción de los tratamientos por conflictos contractuales o administrativos. (Énfasis fuera de texto).*

30. En suma, el principio de continuidad es uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, cuyo componente se encuentra integrado por: (i) la prohibición de suspender el tratamiento iniciado; y (ii) la obligación de continuar con el mismo hasta su finalización. No obstante, la continuidad en la prestación del servicio de

salud puede ser interrumpida por las entidades promotoras de salud, a fin de controlar la afiliación de los usuarios en el sistema de salud, siempre que se garantice el debido proceso de aquellos afiliados y una vez se verifique que el servicio médico requerido ha sido asumido de manera integral y efectiva por otra entidad, o que el paciente que se encontraba bajo tratamiento superó su estado de enfermedad (CC T-296-2016).

Caso concreto

31. Con base en lo precedente, se tiene que la señora NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA es pensionada como «*DOCENTE OFICIAL*», estatus adquirido mediante Resolución 10131 del 4 de agosto de 1987, emitida por la Caja Nacional de Previsión Social en Liquidación, hoy UGPP, y la Resolución 0838 de 1987, expedida por la Caja de Previsión Social Distrital de Santa Fe de Bogotá en Liquidación, administrada actualmente por la Alcaldía Mayor de Bogotá D.C.

32. Dicha prestación fue reajustada por esta última entidad a través de Resolución 0606 del 22 de agosto de 1995 y, finalmente, reliquidada por el Gerente del Fondo de Ahorro y Vivienda Distrital (FAVIDI), el 20 de mayo de 1997, mediante Resolución 1353, en la cual ordenó (artículo 4º) los descuentos para servicio en salud, conforme lo establecido por la Ley 4ª de 1996, hasta el 30 de junio de 1995 y a partir

del 1º de julio de 1995, con base en lo dispuesto en la Ley 100 de 1993¹¹.

33. Sin embargo, la señora NELLY AURORA MARTÍNEZ jamás cumplió con su deber legal de afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), a efectos de pertenecer al Régimen Especial de Salud del Magisterio¹² y, en consecuencia, disfrutar de los beneficios que el mismo ofrece, conforme quedó ilustrado en acápites anteriores, habida cuenta que dicha institución manifestó esa situación.

34. Por el contrario, lo que hizo la accionante, después que las extintas CAJANAL y CAPRECOM dejaron de prestarle el servicio médico, fue afiliarse el 21 de abril de 2003 a COMPENSAR E.P.S., entidad perteneciente al Sistema General de la Seguridad Social en Salud (SGSSS); y, en dicho acto de vinculación guardó silencio acerca de su estatus de pensionada como «*DOCENTE OFICIAL*», pues en el correspondiente formato¹³ manifestó que la institución encargada de su pensión es «*FOPEP*», pero omitió manifestar la causa primigenia de la misma: profesorado público.

35. Al parecer, tal situación fue tolerada por COMPENSAR E.P.S., quien no realizó un control efectivo al mencionado episodio de incorporación, debido a que le prestó el servicio asistencial por más de 14 años (hasta el 29 de

¹¹ Información suministrada por el Fondo de Prestaciones Económicas, Cesantías y Pensiones (FONCEP).

¹² Ley 91 de 1989.

¹³ Ver folio 222 del cuaderno de segunda instancia.

junio de 2017), sin corroborar que NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA debía adherirse al FOMAG, para lo de su cargo, lo cual ocasionó que en el registro de la Administrador de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES) apareciera como adscrita al régimen contributivo del SGSSS, en calidad de cotizante¹⁴.

36. Las señaladas irregularidades constituyeron, a no dudarlo, la causa de la discusión administrativa que motivó la interposición de esta acción de tutela, porque NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, al recibir por sustitución la mesada pensional de su ex cónyuge (q.e.p.d.), retirado de la Policía Nacional, incurrió en el fenómeno de la multiafiliación en salud: de una parte, en el régimen general y, de otra, en el excepcional, pues la aceptación del referido emolumento lleva consigo el auxilio de la citada prestación asistencial.

37. Por ende, era menester que COMPENSAR E.P.S. finalizara su vínculo con NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA y, en consecuencia, cesara la obligación de garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios, en aras de que fuera posible la activación de su afiliación en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares, pues la accionante cumplió con las condiciones para ingresar a dicho régimen exceptuado o especial.

¹⁴ Ver folios 73 y 158, reverso, del cuaderno de segunda instancia.

38. Empero, la forma en que sucedió tal ruptura no fue adecuada, por cuanto COMPENSAR E.P.S. lesionó los principios constitucionales de la confianza legítima y debido proceso, al igual que el de la continuidad en la prestación del servicio de salud, porque la aludida determinación fue adoptada de **manera unilateral y caprichosa**, habida cuenta que desconoció la oportunidad que tenía la interesada de controvertir la multiafiliación que se le atribuye, al paso que el suministro de prestaciones médicas, después de 14 años, le fue interrumpido abruptamente.

39. Lo anterior también permite sostener que a la demandante le fue violentando el pilar de la integralidad, pues las E.P.S., so pretexto de la existencia de conflictos contractuales o administrativos, no pueden sustraerse de sus obligaciones, porque ocasionan el entorpecimiento de los tratamientos hospitalarios, máxime cuando en este caso se trata de una persona sujeta a especial protección, en razón a su edad.

40. En vista de lo anterior, se itera que la jurisprudencia constitucional ha mencionado que los problemas administrativos generados por la multi-inscripción no deben ser asumidos por los usuarios del sistema de salud, es decir, las entidades promotoras de salud no deben generar cargas injustificadas a sus afiliados que impidan la continuidad en la prestación del servicio que ha sido iniciado.

41. Sobre este punto, cabe resaltar que, acorde con lo manifestado por la interesada¹⁵, ha tenido acceso a todos los servicios de salud ofrecidos por COMPENSAR E.P.S. y ésta ha tratado sus dolencias de forma oportuna. Además, arguyó que *«ha intentado solicitar una cita Médica en Sanidad de la policía (sic), Pero (sic) en dos ocasiones han sido canceladas por parte de Sanidad, demostrando que Esta (sic) entidad No (sic) está en condiciones de prestarme la atención q (sic) necesito para atender mis graves enfermedad (sic)»;* aseveración que se le otorga credibilidad, en atención a que se entiende rendida bajo la gravedad del juramento¹⁶.

42. En aquel contexto, en la actualidad existe una amenaza real y grave del derecho a la salud de NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, que es necesario conjurar; pues, debido a su avanzada edad y a sus padecimientos (epilepsia, hipotiroidismo y depresión), cualquier dilación en el desarrollo de los tratamientos iniciados para tal efecto, puede comprometer su garantía a la vida, dado que, de no intervenir el juez constitucional, continuaría la situación problemática analizada en precedencia, por cuanto COMPENSAR E.P.S. suspendió los procedimientos médicos en curso, sin verificar que hayan sido asumidos **integral y eficazmente** por la entidad llamada a prestarle aquella

¹⁵ Ver folio 1 del cuaderno de primera instancia, en el que manifestó: *«DESDE (sic) el año 2003 este derecho a la Salud es prestado por la E.P.S. COMPENSAR, quien recoge la historia clínica y me dispensa tratamientos médicos especializados, clínicos, médicos y hospitalarios, a lo largo de los 14 años he recibido buen trato y satisfactoria atención por lo (sic) estoy muy satisfecha con mi vinculación a esa EPS (...).»*

¹⁶ Se añade que solicitó certificación de lo manifestado, pero *«Sanidad me exige pasar un derecho de petición para que se me certificara la cancelación de las citas, ya que esa información se encuentra es en el sistema»*.

asistencia: Dirección de Sanidad de la Policía Nacional (CC T-296-2016).

43. Además, se estima pertinente reiterar que la demandante, desde el año 2003 hasta el 2017, venía atendiendo todos sus requerimientos médicos, de manera exclusiva, por medio de la red de servicios de la E.P.S. COMPENSAR. En consecuencia, NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA se encuentra cobijada por el principio de continuidad en la atención médica en relación con los tratamientos actuales, el cual supone que los procedimientos clínicos iniciados por tal E.P.S., continúen a su cargo, a menos que la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares los asuma, garantizando la prestación **integral y eficaz** de los mismos; lo que no ha sucedido en este asunto, de acuerdo con lo manifestado por la recurrente.

44. Por consiguiente, se colige que en el caso de la referencia no puede afectarse la continuidad del servicio de salud que se le viene suministrando a la accionante, ni ponerse en riesgo el amparo de sus derechos con ocasión de los problemas administrativos generados por la multifiliación. En efecto, en virtud del principio de la confianza legítima, no resulta posible desconocer la relación prolongada en el tiempo de NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, con la E.P.S. COMPENSAR y que el cambio repentino de la institución responsable de la prestación de las asistencias médicas le genere perjuicio.

45. De esta forma, existe un derecho, *prima facie*, a que siga el tratamiento con dicha entidad, esto es, para que trate las dolencias de NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA adquiridas previamente (síndrome epiléptico, hipotiroidismo y depresión). Sin embargo, dado que prevalece la afiliación en el régimen exceptuado, es posible la exclusión del sistema general, *si y solo si*, el servicio médico requerido es asumido y prestado de manera **efectiva e integral** por la nueva entidad.

46. En este orden de ideas, es preciso aclarar que todas las nuevas patologías que puedan diagnosticarse a NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, deben ser asumidas por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, pues cualquier tratamiento que se requiera para atenderlas se encuentra por fuera del marco de las garantías que conlleva la continuidad en el servicio.

47. Por tanto, como ya se registró el traslado de la inscripción de la demandante al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el Ministerio de Salud y la Protección Social, así como el ADRES, tendrán que actuar acorde con el tenor del artículo 2.1.13.6¹⁷ del Decreto 780 de 2016,

¹⁷ **Artículo 2.1.13.6 Restitución de recursos por efecto de la afiliación múltiple que involucre un régimen exceptuado o especial.** En el evento de que un afiliado a alguno de los regímenes exceptuados o especiales se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud -EPS-, el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA o quien haga sus veces deberá solicitar a la respectiva EPS la restitución de los recursos que por concepto de UPC se le hubieren reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de la afiliación múltiple.

Las EPS deberán solicitar al operador del régimen exceptuado o especial al que pertenezca el afiliado, la restitución del valor de los servicios que le haya prestado durante el tiempo de la afiliación múltiple y el operador del régimen exceptuado o especial deberá pagar el costo de los servicios de salud a la EPS dentro de los treinta (30) días siguientes a aquel en que la EPS haya efectuado la restitución de UPC al FOSYGA o quien haga sus veces, so pena de la generación de intereses moratorios de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002.

referente a la restitución de los recursos en los casos de afiliación múltiple (CC T-296-2016).

48. Por lo expuesto, se revocará la sentencia recurrida y, en consecuencia, se concederá el amparo al derecho fundamental a la salud de NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, al paso que se le ordenará a la E.P.S. COMPENSAR que, de inmediato, continúe prestando los servicios de salud a la accionante frente a las patologías adquiridas previamente (síndrome epiléptico, hipotiroidismo y depresión), hasta que se escuche la opinión especializada del médico tratante, de la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y de la interesada, y una vez que la referida E.P.S. constate que la demandante puede ser atendida **integral y eficazmente** en ese régimen exceptuado.

49. Para tal fin, también se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que, dentro del término

Cuando se trate de un afiliado a los regímenes exceptuados de las fuerzas militares y de la Policía Nacional o del Magisterio, del monto a restituir por UPC giradas durante el período que duró la afiliación múltiple las EPS podrán descontar el valor de los servicios prestados, incluyendo el valor de la contratación por capitación y el valor de la póliza para la atención de enfermedades de alto costo. Si el valor de los servicios prestados es inferior al valor de las Unidades de Pago por Capitación giradas, la EPS deberá restituir la diferencia correspondiente al FOSYGA o quien haga sus veces. Si el valor de los servicios es superior al valor de las UPC giradas la EPS así lo reportará al FOSYGA o quien haga sus veces y podrá cobrar el remanente directamente al operador del respectivo régimen de excepción. De conformidad con lo previsto en el artículo 1668 del Código Civil, el FOSYGA o quien haga sus veces se subrogará en los derechos de las EPS para el cobro del valor de los servicios que fueron descontados del monto de las UPC a restituir, a los operadores de los regímenes exceptuados de las fuerzas militares y de la policía nacional o del magisterio.

Parágrafo 1. Las entidades que operen los regímenes exceptuados o especiales deberán gestionar los recursos necesarios para garantizar el pago de los servicios prestados por las EPS a los afiliados a tales regímenes, producto de los estados de afiliación múltiple.

Parágrafo 2. El Ministerio de Salud y Protección Social establecerá los términos y condiciones para que las EPS restituyan el valor de los recursos correspondientes a las Unidades de Pago por Capitación -UPC giradas durante el tiempo de la afiliación múltiple, para lo cual podrá suscribir acuerdos de pago por las UPC adeudadas.

Parágrafo 3. El Ministerio de Salud y Protección Social definirá los términos y condiciones para la procedencia del descuento del valor de las UPC, giradas durante el período que duró la afiliación múltiple, de los servicios prestados al afiliado a los regímenes exceptuados de las fuerzas militares y de la Policía Nacional o del Magisterio.

improrrogable de dos (2) meses, adelante las gestiones tendientes a brindarle la atención en salud que requiere NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA, a efectos de que la continúe tratando adecuadamente.

En mérito de lo expuesto, la **Sala de Decisión de Tutelas N° 1 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

VII. RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo impugnado y, en consecuencia, **AMPARAR** el derecho fundamental a la salud de **NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA**.

SEGUNDO: ORDENAR a la **E.P.S. COMPENSAR** que, de inmediato, continúe con la prestación del servicio de salud a favor de **NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA**, hasta que se asegure, previo trámite administrativo, según lo indicado en las consideraciones, que el servicio médico requerido sea asumido y prestado de manera **efectiva e integral** por el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

TERCERO: ORDENAR a la **Dirección de Sanidad de la Policía Nacional** que, dentro del término improrrogable de dos (2) meses, adelante las gestiones tendientes a brindarle la atención en salud que requiere **NELLY AURORA MARTÍNEZ DE GARCÍA**, a efectos de que la continúe tratando adecuadamente.

CUARTO: Ejecutoriada esta decisión, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Notifíquese y cúmplase

LUIS GUILLERMO SALAZAR OTERO

EYDER PATIÑO CABRERA