



Sentencia T-296/16

Referencia: expediente T-5355842

Acción de tutela interpuesta por Gabriel Jurado Marín contra la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares y otros.

Magistrado Ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá, D.C., ocho (8) de junio de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Gloria Stella Ortiz Delgado y los magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo emitido en segunda instancia el 15 de diciembre de 2015, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó la providencia emitida el 6 de noviembre de 2015, por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

La demanda de tutela

1. El 21 de octubre de 2015, el señor Gabriel Jurado Marín interpuso acción de tutela contra la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares, el Ministerio de la Protección Social y la Superintendencia Nacional de Salud, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, con ocasión de la expedición del documento de la Dirección General de Sanidad Militar, a través del que se le notificó su activación en el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y en consecuencia, le fue solicitada la desafiliación a la E.P.S. Famisanar.

Frente a lo anterior, el actor solicitó al juez de tutela que autorice continuar con la prestación del servicio de salud por medio de la E.P.S. Famisanar¹.

Hechos relevantes

En síntesis el demandante, expuso los siguientes hechos:

2. Es una persona de 80 años², retirado del cargo de Suboficial Técnico Jefe de las Fuerzas Militares³, razón por la que se le ha descontado de su asignación mensual la partida correspondiente a la Dirección General de Sanidad Militar⁴.

3. Posteriormente, el 23 de mayo de 1983, el señor Gabriel Jurado Marín se vinculó como trabajador Oficial a la sociedad de economía mixta Servicio Aéreo a Territorios Nacionales S.A. – SATENA, empresa que luego de la entrada en vigencia la Ley 100 de 1993, empezó a realizar los correspondientes aportes a seguridad social en salud⁵.

4. El 30 de noviembre de 1995, el accionante se afilió a Famisanar E.P.S.⁶, entidad que le ha prestado los servicios de salud, de manera ininterrumpida⁷ hasta la actualidad, para el tratamiento de sus afecciones cardíacas⁸ e hipertensión arterial, entre otras dolencias.

5. El 9 de septiembre de 2014, el señor Jurado Marín elevó petición⁹ a la Dirección de Sanidad Militar, mediante la que solicitó la desactivación de aquel

¹ Folio 1 – 7 cuaderno No. 2 el accionante solo solicitó continuar con la prestación de los servicios de salud, a través de la E.P.S. Famisanar: “solicito no se me desafilie de FAMISANAR de acuerdo a los parámetros establecidos en la ley donde se permite escoger, la libre escogencia de la E.P.S. la de su preferencia, donde se sienta mejor el individuo por el servicio que le prestan.”

² Acorde con la cédula de ciudadanía visible a folio 55 del cuaderno No. 2, el señor Gabriel Jurado Marín nació el 12 de octubre de 1935.

³ Ver folios 9 anverso del cuaderno No. 2, la Dirección General de Sanidad Militar señaló: “(...) al tener usted la calidad de cotizante obligatorio, según la cotización que usted recibe del erario público (...)” y 107 del mismo cuaderno, contenido de la contestación de la demanda, presentada por la Dirección General de Sanidad Militar: “es pertinente aclarar que el accionante (...), tiene la calidad de cotizante obligatorio, por la asignación que recibe del erario en calidad de suboficial técnico jefe (RA) de las Fuerzas Militares.

⁴ Folio 1 cuaderno No. 2, según lo precisó el accionante, a folio 156 cuaderno principal, la Dirección General de Sanidad militar certificó el 15 de abril de 2016: “verificada la base de datos a través del Grupo de Afiliación y Validación de Derechos, se pudo establecer que el señor GABRIEL JURADO MARÍN, se encuentra en estado ACTIVO en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y como tal goza de los servicios médicos asistenciales.”

⁵ Folio 27 del cuaderno principal, SATENA informó que estuvo vinculado hasta el 22 de mayo de 2003, fecha en la que adquirió el estatus de pensionado.

⁶ Folio 55 del cuaderno principal.

⁷ Folio 55 cuaderno principal, la E.P.S. Famisanar certificó el 12 de abril de 2016:

“GABRIEL JURADO MARÍN

ESTADO: ACTIVO

FECHA AFILIACIÓN: 30/11/1995

FECHA ÚLTIMO PERIODO COTIZADO: 01/04/2016 (...).”

⁸ Informó que en el mes de febrero de 2015, le fue realizada una operación de corazón abierto (folio 2 cuaderno No. 2), además ver historia clínica, en la que se advierte que desde el 2001 al 2016, el señor Jurado Marín ha recibido asistencia médica en Famisanar EPS (folios 56 – 148 cuaderno principal).

⁹ Folio 8 cuaderno No. 2. El señor Gabriel Jurado Marín en su petición señaló lo siguiente: “Respetuosamente me permito solicitar al Señor Mayor General Director de Sanidad Militar, tenga bien autorizar en desactivar mi afiliación a los servicios médicos que tengo como Suboficial Técnico Jefe retirado de la Fuerza Aérea Colombiana (...).

servicio médico, a fin de continuar con el tratamiento ya iniciado por la E.P.S. Famisanar.

6. El 7 de octubre de 2014, el Director General de Sanidad Militar respondió¹⁰ la solicitud incoada por el actor, el día 9 de septiembre de 2014, en el sentido de aceptar la suspensión de la afiliación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Sin embargo, le informó que la anterior decisión no lo exoneraba de seguir efectuando el pago de los correspondientes aportes a salud.

7. El 17 de septiembre de 2015, la Dirección General de Sanidad Militar, a través del memorial No. 396436, le comunicó al señor Gabriel Jurado Marín sobre la activación de la afiliación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, dado que es un “*afiliado obligatorio del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares*” y en consecuencia, le solicitó la desafiliación a la E.P.S. Famisanar, situación que en su parecer, puso en riesgo su vida y “la de su señora esposa”¹¹, comoquiera que son personas de la tercera edad, sujetas a tratamientos rigurosos y medicamentos costosos que podrían ser prestados o entregados de manera deficiente por las fuerzas militares.

Adicionalmente, arguyó que tal decisión transgredió su derecho a la libertad de escoger la entidad promotora de salud donde quiere que le sea prestado ese servicio, destacando que la única proveedora que conocía de su estado de salud era Famisanar, puesto que en ella reposaba su historia clínica¹².

Respuesta de las entidades accionadas y vinculadas.

Por ser adulto mayor de 78 años y debido a las condiciones delicadas de salud ya que soy una persona hipertensa, actualmente anticoagulado y con deficiencia urinaria, debo asistir constantemente a exámenes de laboratorio y controles médicos de cardiología, nefrología y medicina vital, donde los médicos ordenan el suministro de la droga adecuada.”

¹⁰ Folio 9 cuaderno No. 2. La Dirección de Sanidad Militar precisó: “Con el presente acuso recibo de su petición de fecha 09 de septiembre de 2014 y radicado bajo el No. 13917, mediante el cual solicita la suspensión de su afiliación del Subsistema de Salud de las FFMM, por haber obtenido otra pensión por la Empresa Satena quien lo afilió a FAMISANAR EPS donde lleva tratamiento médico por hipertensión, actualmente anticoagulado y con deficiencia urinaria que ameritan su continuidad en dicha entidad, según historia clínica anexa.

(...)

Es pertinente aclarar a usted que de conformidad con lo establecido en los artículos 4 y 19 literal a) de la Ley 352 de 1997 y en concordancia con el artículo 23 literal a) del Decreto 1795 de 2000, al tener usted la calidad de cotizante obligatorio, la cotización por la asignación que usted recibe del erario público deberá continuar efectuándose sin perjuicio de la suspensión de su afiliación por cuanto existe el deber legal de efectuar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud, lo cual es un derecho que no es renunciable a la luz del artículo 48 de la Constitución Política de Colombia y **bajo esa condición es que se haría la suspensión de su afiliación, más no de su cotización** (...).” De otro lado, es pertinente aclarar que acorde con lo informado por SATENA “los aportes a seguridad social en salud, estos se comenzaron a realizar desde la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (...)”, folio 27 del cuaderno principal. De ahí que, se colige que el accionante cotizaba a ambos regímenes.

¹¹ Es preciso destacar que pese a que el accionante se refiere a su cónyuge, del escrito de tutela no se desprende que la acción también hubiese sido interpuesta a nombre de ella, así como tampoco obran medios de prueba sobre la situación particular de la señora.

¹² Folio 1 cuaderno No. 2 el señor Gabriel Jurado Marín dijo: “(...) respecto de los servicios médicos, están siendo atendidos por la EPS FAMISANAR, en forma excelente desde 1995, por haber adquirido una pensión por parte de la empresa estatal SATENA allí tengo mi historia clínica (...), desde hace aproximadamente cincuenta años no hago uso de este servicio en sanidad militar no poseen historia clínica (...)”. Por su parte, la Dirección de Sanidad Militar en la notificación de activación de afiliación, del 17 de septiembre de 2015 (folio 13 anverso, cuaderno No. 2), le comunicó al señor Jurado Marín “(...) deberá usted allegar al establecimiento de Sanidad Militar de la Dirección de Sanidad Militar a la que usted se encuentre adscrito, la copia de su historia clínica e informe su estado de salud y tratamientos en curso, con el fin de que estos tengan continuidad en el respectivo Establecimiento de Sanidad Militar.”

E.P.S. Famisanar

8. El 23 de octubre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá vinculó a la E.P.S. Famisanar¹³.

9. El 29 de octubre de 2015, Famisanar E.P.S., actuando por intermedio de apoderado judicial contestó la acción de tutela, en el sentido de oponerse a las pretensiones de la demanda, bajo los siguientes argumentos: *“ausencia de violación de un derecho, carencia actual de objeto, falta de legitimación en la causa por pasiva y principio de subsidiariedad”*.

En este orden de ideas, arguyó que no vulneró ningún derecho fundamental que pudiera poner en riesgo la vida del accionante, dado que para esa fecha el señor Jurado Marín se encontraba activo en el servicio y recibiendo la atención en salud requerida con previa prescripción médica, siendo la última consulta médica, el día 18 de octubre de 2015.

En vista de lo anterior, solicitó la declaratoria de improcedencia respecto de Famisanar¹⁴.

Ministerio de Salud y Protección Social

10. El 30 de octubre de 2015, señaló que los servicios de salud requeridos por el accionante no le fueron negados por parte de la E.P.S. De ahí que, considerara que no se había vulnerado el principio de oportunidad¹⁵ en la prestación del servicio solicitado.

Aseveró que acorde con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, el Sistema General de Seguridad Social en Salud no se aplica, entre otros, a los miembros de las fuerzas militares, dado que ellos se encuentran comprendidos por un régimen de excepción a aquel, por lo que no se rigen por ninguna de sus instituciones, normas y procedimientos.

Además, advirtió que no sería aceptable obligar al FOSYGA a soportar las cargas económicas de un régimen exceptuado, toda vez que con ello vulneraría el artículo 9 de la Ley 100 de 1993, que dispone la imposibilidad de destinar los recursos de las instituciones de la seguridad social a distintos fines¹⁶.

Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar

¹³ Folio 61 cuaderno No. 2.

¹⁴ Folio 69 – 73 cuaderno No. 2.

¹⁵ Numeral 2, artículo 3 del Decreto 1011 de 2006:

Oportunidad. Es la posibilidad que tiene el usuario de obtener los servicios que requiere, sin que se presenten retrasos que pongan en riesgo su vida o salud. (...).

¹⁶ Folio 95 – 100 cuaderno No. 2.

11. El 30 de octubre de 2015, manifestó que el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares corresponde a un régimen especial de salud, exceptuado de la aplicación de las disposiciones establecidas en la Ley 100 de 1993.

Igualmente, aclaró que el actor tenía la calidad de cotizante obligatorio, debido a la asignación que recibía del erario en calidad de Suboficial Técnico Jefe (RA) de las Fuerzas Militares. No obstante, destacó que también era afiliado de la E.P.S. Famisanar, razón por la que se encontraba incurso en una situación de multifiliación. En consecuencia, indicó que de conformidad con el Oficio No. 201511201046761, emitido por el Ministerio de Salud el 17 de junio de 2015, no era viable la desafiliación del señor Jurado Marín del Subsistema de las Fuerzas Militares, ni precedente su multifiliación¹⁷.

Superintendencia Nacional de Salud

12. El 5 de noviembre de 2015, la demandada pidió declarar su falta de legitimación por pasiva, ya que es un organismo de control y vigilancia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud.

De otro lado, informó que una vez consultada la base de datos única de afiliación al sistema de seguridad social, se observaba que el señor Gabriel Jurado Marín se encontraba activo en el régimen contributivo, situación incompatible con el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, puesto que este último era un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993 y en ese sentido, contaba con sus propias entidades, normas y procedimientos para el aseguramiento y prestación del servicio de salud¹⁸.

Decisiones judiciales objeto de revisión

Primera instancia

13. El 6 de noviembre de 2015, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá negó la tutela interpuesta por el señor Gabriel Jurado Marín, con fundamento en los argumentos que seguidamente se sintetizan:

Adujo que el actor ostentaba la calidad de multifiliado al sistema de salud, por ser cotizante activo en el régimen contributivo – Famisanar E.P.S. – y simultáneamente pertenecer al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como retirado. En consecuencia, resaltó que no era posible acceder a la pretensión de desactivación o suspensión de la vinculación en el régimen especial, pues ello quebrantaría el principio de cobertura universal.

De otro lado, advirtió que la libertad de escogencia de entidad promotora de salud o de institución prestadora de salud, consagrada en el artículo 153 de la

¹⁷ Folio 107 – 108 cuaderno No. 2.

¹⁸ Folio 115 – 118 cuaderno No. 2.

Ley 100 de 1993, solo era predicable del Sistema General de Seguridad Social en Salud, razón por la que no podía ser invocada por el actor¹⁹.

Impugnación

14. El demandante reiteró los argumentos expuestos en el escrito de tutela, especialmente, lo referido a la necesidad de continuar con los tratamientos que Famisanar le suministra a él y a su esposa, a fin de evitar una interrupción que pondría en riesgo tanto su integridad, como la de su cónyuge.

Asimismo, indicó que desde el 7 de octubre de 2014, se hallaba suspendido de la afiliación de sanidad militar, según el memorial suscrito por la Dirección de Sanidad Militar, con radicado No. 374075, por lo que cualquier modificación en el servicio, podría afectar su vida²⁰.

Segunda instancia

15. El 15 de diciembre de 2015, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia confirmó el fallo impugnado, de conformidad con las siguientes razones:

Arguyó que como el señor Gabriel Jurado Marín estaba activo en el régimen general de salud y en el especial de las Fuerzas Militares, incurría en la prohibición de que trata el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002, modificado por el artículo 1 del Decreto 57 de 2015, por lo que la decisión de desafiliación, reprochada por el actor, no resultaba arbitraria ni perjudicaba el goce de sus derechos fundamentales. De ahí que, en virtud de su calidad de Suboficial retirado debía sujetarse a las previsiones del régimen especial exceptuado.

En este orden de ideas, señaló que el interesado basó sus pretensiones en presunciones sobre la prestación de los servicios de salud, por parte de las Fuerzas Militares, sin contar con algún tipo de comprobación. Por consiguiente, precisó que de la mera inconformidad del impugnante no se derivaba un perjuicio de su derecho a la salud²¹.

Trámite en sede de revisión

Vinculación

16. El 6 de abril de la anualidad que avanza, esta Corporación vinculó al proceso de la referencia a la empresa del Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA²², quien mediante memorial de fecha 13 de abril de 2016, solicitó decretar la improcedencia de la presente acción.

¹⁹ Folio 119 – 124 cuaderno No. 2.

²⁰ Folio 131 – 132 cuaderno No. 2.

²¹ Folio 3 – 10 cuaderno No. 3.

²² Folio 17 – 18 cuaderno principal.

Manifestó que el señor Jurado Marín se vinculó a SATENA como trabajador oficial desde el 23 de mayo de 1983 hasta el 22 de mayo de 2003 y que en virtud de ese contrato laboral dio cumplimiento a lo establecido en la Ley 100 de 1993. De ahí que, afirmara que no vulneró de manera alguna los derechos invocados por el accionante.²³

Pruebas

17. En desarrollo del trámite de revisión, el magistrado sustanciador consideró necesario disponer de mayores elementos de juicio que le permitieran esclarecer la situación fáctica del asunto sometido a estudio. Para ello, ordenó:

“(…)

SEGUNDO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la empresa del Servicio Aéreo a Territorios Nacionales – SATENA, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

- (i) El tipo de vinculación laboral del señor Gabriel Jurado Marín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.022.267, específicamente que señale, a qué clase de trabajador correspondía tal vinculación (empleado público, trabajador oficial u otro).
- (ii) La cantidad de años en los que realizó los aportes al sistema de seguridad social en salud del señor Gabriel Jurado Marín, precisando la fecha de inicio y de terminación, y el motivo de finalización de dichos aportes (si lo hay).

TERCERO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación a la E.P.S. Famisanar, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

- (i) El estado actual de la afiliación del señor Gabriel Jurado Marín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.022.267.
- (ii) Certifique sobre el tiempo que ha estado afiliado el señor Jurado Marín.
- (iii) Si el señor Gabriel Jurado Marín se encuentra recibiendo algún tratamiento médico por parte de Famisanar E.P.S.
- (iv) Estado de salud del señor Gabriel Jurado Marín, aportando el informe correspondiente del cardiólogo tratante.

CUARTO.- OFICIAR por Secretaría General de esta Corporación al Ministerio de Defensa Nacional – Dirección de Sanidad Militar, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, informe al despacho:

²³ Folio 25 – 28 cuaderno principal.

- (i) *El estado actual de la afiliación del señor Gabriel Jurado Marín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 17.022.267.*
- (ii) *La posibilidad que tiene una persona pensionada por un régimen excepcional de la Ley 100 de 1993 de afiliarse al régimen general de seguridad social en salud.*

QUINTO.- OFICIAR *por Secretaría General de esta Corporación a la Superintendencia Nacional de Salud, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, conceptúe sobre la posibilidad que tiene una persona pensionada por un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, como los miembros de las fuerzas militares, de hallarse multifiliado en el sistema de salud, a fin de recibir los servicios de salud en el régimen general de seguridad social en salud.*

SEXTO.- OFICIAR *por Secretaría General de esta Corporación al Ministerio de Salud y Protección Social, para que dentro del término de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes al recibo de la notificación de esta providencia, conceptúe sobre la posibilidad que tiene una persona pensionada por un régimen exceptuado de la Ley 100 de 1993, como los miembros de las fuerzas militares, de hallarse multifiliado en el sistema de salud, a fin de recibir los servicios de salud en el régimen general de seguridad social en salud. (...)²⁴*

18. En respuesta de las pruebas solicitadas, se obtuvo la siguiente información:

- El 12 de abril de 2016, el Ministerio de Salud y la Protección Social instó para que se declare la improcedencia de la acción frente a ese ministerio, toda vez que no era la entidad a la que le correspondía solucionar los inconvenientes en la afiliación.

De otro lado, destacó que el artículo 50 del Decreto 2353 de 2015, prevé la posibilidad de traslado de E.P.S. entre regímenes diferentes, si se cumplen los requisitos previstos en aquella norma. Igualmente, arguyó que el citado Decreto contempla un sistema de afiliación transaccional, encargado de establecer los mecanismos para controlar el registro múltiple, a fin de que no existan cotizantes afiliados simultáneamente a dos o más regímenes de seguridad social en salud.

Finalmente, mencionó que la pluricitada normatividad dispone que hasta que entre en operación el sistema de transaccional, se tendrá como válida la última afiliación efectuada dentro de los términos legales²⁵.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Folio 40 – 47 y 150 – 154 cuaderno principal.

- El 13 de abril de 2016, la Superintendencia de Salud indicó que de conformidad con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y la Ley 647 de 2001, el Sistema General de Seguridad Social en Salud no aplica para los miembros de las Fuerzas Militares. Adicionalmente, precisó que en los términos del artículo 82 del Decreto 2353 de 2015, las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia a un régimen contributivo, luego señaló que bajo ninguna circunstancia podría encontrarse una persona afiliada simultáneamente a un régimen exceptuado y al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Sin perjuicio de lo anterior, mencionó que en el evento que el afiliado cotizante perteneciente a un régimen especial tuviera una relación laboral, en la que esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tendría que efectuar tal cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA -, aclarando que los servicios de salud los prestará exclusivamente el régimen exceptuado²⁶.

- El 14 de abril de 2016, la E.P.S. Famisanar comunicó que la afiliación del señor Gabriel Jurado Marín se encontraba activa en calidad de cotizante independiente, desde el mes de noviembre de 1995, razón por la que ha autorizado los servicios requeridos con ocasión a sus patologías.

Además, afirmó que se trata de un paciente de 80 años, con diagnóstico de cardiomiopatía isquémica, hipertensión arterial e hipotiroidismo, en tratamiento farmacológico con “medicamentos POS capitados, que no requieren autorización²⁷.”

- El 15 de abril de 2016, el Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar informó que el señor Jurado Marín se encuentra en estado activo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y como tal gozaba de los servicios médicos asistenciales.

Asimismo, precisó que tal subsistema de salud corresponde a un régimen especial, excepcionado de la aplicación de las disposiciones establecidas en la Ley 100 de 1993 y que en virtud del literal a), del artículo 23 del Decreto 1795 de 2000, el accionante tiene la calidad de cotizante obligatorio de ese subsistema. De ahí que, estimara que la multiafiliación está prohibida en su caso. En ese orden de ideas, aseguró que no era viable la desafiliación del subsistema de salud de las fuerzas militares del señor Jurado Marín, por cuanto ostenta la calidad de cotizante obligatorio²⁸.

II. FUNDAMENTOS

Competencia

²⁶ Folio 35 – 39 cuaderno principal.

²⁷ Folio 53 – 148 cuaderno principal.

²⁸ Folio 156 – 174 y 176 – 182 cuaderno principal.

1. Esta Corte es competente para conocer de esta acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto del 26 de febrero de 2016, expedido por la Sala de Selección de tutela Número Dos de esta Corporación, que decidió someter a revisión las decisiones adoptadas por los jueces de instancia.

Procedencia general de las acciones de tutela

2. **Legitimación por activa:** El señor Gabriel Jurado Marín actúa a nombre propio como titular de los derechos invocados, razón por la cual, se encuentra legitimado para promover la acción de tutela (C.P. art. 86°, Decreto 2591/91 art. 1° y art.10°).

3. **Legitimaciones por pasiva.** El artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, establece que la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de una autoridad pública que haya violado, viole o amenace un derecho fundamental, en el caso concreto, la Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares es una autoridad pública, pues se encarga de administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares, acorde con el artículo 13 del Decreto 1795 de 2000. Por consiguiente, se entiende acreditado este requisito de procedencia.

Frente al Ministerio de Salud y la Protección Social y la Superintendencia de Salud, cabe resaltar que son entes públicos, encargados de verificar el cumplimiento del servicio de salud, el primero en todo el sistema de salud nacional y el segundo, de manera específica, en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. De ahí que, ambos estén plenamente legitimados por pasiva, en los términos del artículo 86 superior y del referido artículo 5 del Decreto 2591 de 1991.

4. **Inmediatez.** Este requisito de procedibilidad impone la carga al demandante de interponer la acción de tutela en un término prudente y razonable respecto del hecho o la conducta que causa la vulneración de derechos fundamentales. Conforme a lo anterior, la Corte ha dispuesto que se debe presentar la solicitud de amparo dentro de un plazo razonable²⁹.

En el caso bajo estudio, la Sala observa que el accionante interpuso la demanda de tutela el 21 de octubre de 2015³⁰, es decir, dentro del mes siguiente al acto que generó la presunta vulneración – notificación³¹ de activación de la afiliación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, expedida el 17 de septiembre de 2015 -; término que la Corte juzga prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos invocados.

²⁹ T- 332 de 2015, M.P. Alberto Rojas Ríos.

³⁰ Folio 1 – 7 cuaderno No. 2.

³¹ Folio 13 cuaderno No. 2.

5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 establece que la acción de tutela sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo en los casos en que sea interpuesta como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable. De igual forma, se ha aceptado la procedencia del amparo de tutela en aquellas situaciones en las que existiendo recursos judiciales, los mismos no sean idóneos para evitar la vulneración del derecho constitucional fundamental.

En principio, podría considerarse que el actor estaba facultado para cuestionar la decisión de su activación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y la consecuente solicitud de tramitar la desafiliación del régimen contributivo, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y, de manera particular, mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, toda vez que se trata de un acto administrativo de contenido particular, emitido por la Dirección General de Sanidad de las Fuerzas Militares, a través del cual dicha autoridad resuelve de manera definitiva, que la prestación del servicio de salud a la que tiene derecho el señor Jurado Marín, en razón a su calidad de cotizante obligatorio en tal régimen exceptuado, debía ser asumida por la citada entidad.

En este orden de ideas, al caso de la referencia no le es aplicable la regla señalada por esta Corporación en la sentencia T-603 de 2015³², según la cual es competencia jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud resolver los problemas de multifiliación, acorde con lo dispuesto por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007³³, dado que en el presente asunto no se discute un caso de simultaneidad en la afiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social – régimen contributivo y régimen subsidiado -, como lo prevé la norma en comento, sino que se trata de un problema de múltiple afiliación entre el Sistema General de Seguridad Social en Salud – régimen contributivo y el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, un régimen exceptuado. Por consiguiente, la Superintendencia Nacional de Salud no estaría llamada a pronunciarse sobre el tema debatido.

Ahora bien, al analizar en concreto las especiales circunstancias de vulnerabilidad de Gabriel Jurado Marín relativas (i) a su condición de sujeto de especial protección, en razón a sus 80 años, (ii) al padecimiento de cardiomiopatía isquémica, hipertensión arterial e hipotiroidismo y (iii) al hecho de encontrarse actualmente en un tratamiento médico prescrito por Famisanar E.P.S. para la asistencia de aquellas afecciones, la Sala concluye que el medio de control ordinario carece de idoneidad para desatar la discusión planteada,

³² MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Corte analizó la situación de la señora María Griselda Ocampo de Clavijo, ya que la Nueva EPS entregaba de manera tardía los medicamentos e insumos necesarios para el tratamiento de los padecimientos que aquejaban a la accionante.

³³ Artículo 41°. Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud. Con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud y en ejercicio del artículo 116 de la Constitución Política, la Superintendencia Nacional de Salud podrá conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez, en los siguientes asuntos: (...) c. Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

pues de obligarse al actor a acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, a su avanzada edad y sin tener en cuenta que es un trámite que podría durar un tiempo considerable, resultaría ineficaz la protección de los derechos fundamentales invocados por el demandante, propiciando la afectación de los mismos. Es por ello que esta Corporación ha dicho – por regla general – que la acción de tutela procede para analizar los conflictos surgidos con ocasión del derecho a la salud de las personas de la tercera edad. Así se desprende, por ejemplo, de la Sentencia T-239 de 2015³⁴, mediante la cual la Corte sostuvo: *“Esta Corporación ha expuesto que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y es por ello que el Estado tiene el deber de garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención en salud. Le corresponde al Estado garantizar los servicios de seguridad social integral, y por ende el servicio de salud a los adultos mayores, dada la condición de sujetos de especial protección, por lo tanto, la acción de tutela resulta el instrumento idóneo para materializar el derecho a la salud de dichas personas.”*

Adicionalmente, es preciso destacar que la cuestión planteada por el accionante, plantea interesantes y novedosas cuestiones que le permitirían a la Corte, desarrollar una dimensión importante del derecho a la salud en lo relativo al principio de continuidad en su prestación.

En suma, pese a que el señor Gabriel Jurado Marín dispone, en abstracto, de otra vía judicial, procede la acción de tutela como mecanismo definitivo, en atención, a las circunstancias especiales de vulnerabilidad del mencionado actor que permiten evidenciar la falta de idoneidad de dicho medio.

Problemas jurídicos a resolver y metodología de la decisión

6. Le corresponde a esta Sala de Revisión resolver los siguientes dos problemas jurídicos.

(i) ¿Se vulnera el derecho a la libertad de escogencia de entidad promotora de salud en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, al imponerse a un pensionado por el Ministerio de Defensa que se encuentra multiafiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a recibir el correspondiente tratamiento médico, a través de las entidades previstas por el régimen excepcional?

(ii) ¿Amenazó el Ministerio de Defensa – Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares los derechos fundamentales a la vida y la salud del señor Gabriel Jurado Marín, al notificarle la activación de su afiliación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y con ello solicitarle el retiro de la E.P.S.

³⁴ MP. Martha Victoria Sáchica Méndez. Ver también: T-199 del 2013, MP. Alexei Julio Estrada, T-266 del 2014, MP. Alberto Rojas Ríos y T-012 de 2015, MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Famisanar, sin tener en cuenta los tratamientos médicos que ésta última se encontraba adelantando?

7. Con el fin de resolver los problemas jurídicos planteados, la Sala (i) reiterará la jurisprudencia constitucional relativa a la procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud, de las personas de la tercera edad; luego (ii) analizará el subsistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares, la libertad de escogencia de régimen de salud, la multifiliación en el sistema de salud -régimen general de seguridad social en salud y régimen exceptuado- y la continuidad en la prestación del servicio de salud. Finalmente, (iii) resolverá el caso concreto sometido a su examen.

Procedencia de la acción de tutela para reclamar la protección del derecho a la salud de las personas de la tercera edad. Reiteración de la jurisprudencia

8. Acorde con los artículos 48 y 49 de la Constitución Política, la salud y la seguridad social se encuentran previstos como derechos y, a la vez como servicios públicos irrenunciables, cuya organización, dirección y prestación corresponde al Estado, de acuerdo con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad³⁵.

9. En desarrollo de lo anterior, esta Corte en reiterados pronunciamientos se ha referido de una parte, al carácter fundamental del derecho a la salud³⁶ y de otro lado, a su connotación como servicio público, de manera que tanto el Estado, como los particulares que presten tal servicio, se encuentran obligados a desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el amparo de aquel derecho³⁷.

10. Posteriormente, con la expedición de la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015³⁸, se desplegó en la legislación el reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la salud y se destacó la obligación del Estado frente a él, consistente en garantizar a todas las personas en el territorio nacional la prestación de aquel servicio en igualdad de oportunidades, especialmente, en lo referente a los adultos mayores, pues dispuso que no se les puede limitar la atención en salud, por cuestiones de naturaleza administrativa o económica.

11. Al respecto, este Tribunal ha señalado que los adultos mayores son sujetos de especial protección y en razón de su situación de indefensión el Estado es el encargado de proteger y garantizar su derecho a la salud de manera integral³⁹.

³⁵ Sentencias T-207 de 1995 MP. Alejandro Martínez Caballero; T- 409 de 1995 MP. Antonio Barrera Carbonell y C-577 de 1995 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

³⁶ T-016 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa; T-022 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-180 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

³⁷ T-0999 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁸ Artículo 2. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en lo colectivo. Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. (...).

³⁹ Sentencias T-1081 de 2001, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra; T-899 de 2002, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; T-1331 de 2005, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-769 de 2012, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

Por consiguiente, el derecho aducido por el demandante es de raigambre fundamental y en consecuencia, susceptible de estudio por medio del mecanismo de tutela.

Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Reiteración de la jurisprudencia

12. De conformidad con lo previsto en el artículo 217⁴⁰ superior, el Congreso de la República se encuentra autorizado para determinar el régimen especial prestacional de las Fuerzas Militares. En virtud de ello, el artículo 279⁴¹ de la Ley 100 de 1993, excluyó del ámbito de aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otros.

13. Acorde con lo anterior, se expidió la Ley 352 de 1997⁴², mediante la cual se reguló de manera específica el régimen de salud de las Fuerzas Militares y se contempla como “*afiliados sometidos a ese régimen*” al personal pensionado del Ministerio de Defensa. Posteriormente, con el Decreto Ley 1795 de 2000⁴³, se estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, y se reiteró que las personas que gocen de asignación de retiro, ostentan la calidad de afiliados sometidos a dicho régimen de cotización.

14. En consonancia con lo expuesto en precedencia, la Sala puede colegir que las personas que perciban una asignación de retiro por parte de las Fuerzas Militares, se encuentran excluidas de la prestación del servicio de salud, a través de alguno de los regímenes previstos en la Ley 100 de 1993 (contributivo – subsidiado). Ello en razón del principio de obligatoriedad en la afiliación, consagrado para aquellos que cumplan con los requisitos para pertenecer al régimen de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares.

Libertad de escogencia del sistema de salud

15. En los términos del artículo 153⁴⁴ y del literal g⁴⁵ del artículo 156 de la Ley 100 de 1993, esta Corte ha sostenido que la libre escogencia se erige como uno

⁴⁰ Artículo 217. La Nación tendrá para su defensa unas Fuerzas Militares permanentes constituidas por el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea.

(...)

La Ley determinará el sistema de reemplazos en las Fuerzas Militares, así como los ascensos, derechos y obligaciones de sus miembros y el régimen especial de carrera, **prestacional** y disciplinario, que les es propio. (Se destaca)

⁴¹ Artículo 279. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (...).

⁴² Ver artículos 4, literal b y 19 literal a, numeral 3.

⁴³ Ver artículo 23, literal a, numeral 2.

⁴⁴ Art. 153.- Son principios del Sistema General de Seguridad Social en Salud:

(...)

3.12 Libre escogencia. El Sistema General de Seguridad Social en Salud asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las Entidades Promotoras de Salud y los prestadores de servicios de salud dentro de su red en cualquier momento de tiempo.

(...).

⁴⁵ Art. 156.- El Sistema General de Seguridad Social en Salud tendrá las siguientes características:

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

Sobre el particular, en la sentencia T-436 de 2004⁴⁶, la Corte 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.

En el mismo sentido, la Corte se pronunció en la sentencia C-115 de 2008⁴⁷.

“La libre escogencia puede catalogarse como principio del sistema de salud, un derecho del afiliado y una característica del sistema de la seguridad social en salud, que consiste en la facultad que tienen todos los afiliados (tanto los del régimen contributivo como los del régimen subsidiado) a escoger, entre las diferentes alternativas de servicios ofrecidos, la entidad que administrará y la que prestará los servicios establecidos en el Plan Obligatorio de Salud (...)”.

16. Posteriormente, en la sentencia T-745 de 2013⁴⁸, la Corte analizó la libertad de escogencia, en el caso de una persona que estaba afiliada a un régimen exceptuado de salud -Subsistema de Salud de la Policía Nacional-. En tal decisión, concluyó que el derecho a la libertad de escogencia se hallaba limitado, ya que las personas pertenecientes a un régimen exceptuado solo podrían elegir una I.P.S., con la cual su entidad promotora tuviera un contrato o convenio vigente:

*“el principio de libertad de escogencia es una característica del Sistema de Seguridad Social en Salud, que constituye, no solamente una garantía para los usuarios sino que también es un derecho, y que como tal, debe ser garantizado por el Estado.
Sin embargo, también se ha reconocido que la libertad de escogencia no es un derecho fundamental absoluto, en la medida en que está circunscrito a la existencia de contrato o convenio vigente entre la*

g) Los afiliados al sistema elegirán libremente la Entidad Promotora de Salud, dentro de las condiciones de la presente Ley. Así mismo, escogerán las instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas.

⁴⁶ MP. Clara Inés Vargas Hernández. En esa ocasión, la Corte estudió el caso de un señor diagnosticado con VIH – SIDA, quien acudió a la E.P.S. Compensar para solicitar su traslado y ésta lo negó. Ver también T- 246 de 2005, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-379 de 2006, MP. Clara Inés Vargas Hernández, T-1010 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis y T-380 del 2007, MP. Jaime Araujo Rentería.

⁴⁷ MP. Marco Gerardo Monroy Cabra. La Corte estudió la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el señor Mario Andrés Sarama Bastidas, contra el literal f) del artículo 14 de la Ley 1122 de 2007, referida a las prestación de los servicios de salud, por parte de las E.P.S. del régimen subsidiado de un municipio. Ver también T-095 de 2010, MP. Humberto Antonio Sierra Porto, T-770 de 2011, MP. Mauricio González Cuervo.

⁴⁸ MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. La Corte estudió la acción de tutela interpuesta por Ángel Pedro Beltrán Pérez contra la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, a fin de que le fueran autorizados los tratamientos de diálisis en la ciudad donde reside, Fusagasugá, en lugar de transportarse hasta Bogotá para recibir los mismos.

EPS accionada y la IPS requerida, esta libertad puede ser limitada “en términos normativos, por la regulación aplicable; y en términos fácticos, por las condiciones materiales de recursos y entidades existentes, esto es, por ejemplo, en el marco de los contratos o convenios suscritos por las EPS.”

17. Asimismo, la Corte ha aplicado la limitación del derecho a la libre escogencia en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, ejemplo de ello es la sentencia T -318 del 2015⁴⁹, en la que se dijo que aquel derecho depende de los convenios existentes entre las EPS y las IPS.

“Esta Corporación ha sostenido que la libertad de escogencia no es un derecho fundamental absoluto, pues depende de los convenios existentes entre las EPS y las IPS y, en este sentido, la escogencia puede verse limitada”.

18. Conforme con los referidos precedentes, la Corte ha señalado que el derecho a la libertad de escogencia ya sea de E.P.S. o de I.P.S., en principio, puede ser ejercido y solicitada su protección, por aquellas personas que pertenezcan a los regímenes contributivo o subsidiado, comoquiera que tal prerrogativa corresponde al desarrollo del mandato legal previsto en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993. No obstante, esta Corporación reconoció la posibilidad que las personas que hacen parte de un régimen exceptuado, gocen del derecho de libertad de escogencia de manera restringida, pues aunque no pueden elegir la entidad promotora de salud que quieren que les administre ese servicio, dado que en los regímenes exceptuados solo existe una entidad encargada de ello, sí pueden seleccionar una I.P.S., con la que su E.P.S. hubiere suscrito contrato o convenio, el cual se encuentre vigente.

19. La Ley 1751 de 2015 “Ley Estatutaria de Salud”, dispone que su ámbito de aplicación esté comprendido *“por todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud”*⁵⁰. Por tanto, dicho postulado debe entenderse que rige tanto para el Sistema General de Seguridad Social en Salud, como para los regímenes exceptuados a éste.

En este orden de ideas, el literal h, del artículo 6, de la citada normatividad señala como uno de los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud, la libertad con que cuentan las personas para elegir la entidad de salud dentro de la oferta disponible, según las normas de habilitación.

⁴⁹ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Corte estudió el caso del señor José Leonardo Osuna Herrera, a quien la E.P.S. Salud Total no autorizó el tratamiento de adicción a las drogas en la Fundación Aprende a Vivir. Ver también T-057 del 2013, MP: Alexei Julio Estrada, T-268 del 2014, MP. Luis Ernesto Vargas Silva, T-499 del 2014, MP. Alberto Rojas Ríos.

⁵⁰ Ver artículo 3.

20. En armonía con lo expuesto, el Decreto 2353⁵¹ proferido el 3 de diciembre de 2015, por el Ministerio de Salud y Protección Social “*por el cual se unifican y actualizan las reglas de afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, se crea el Sistema de Afiliación Transaccional y se definen los instrumentos para garantizar la continuidad en la afiliación y el goce efectivo del derecho a la salud*”, regula lo relativo al traslado y movilidad entre regímenes de salud. No obstante, tal posibilidad la restringe al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud al indicar:

“Artículo 3. Definiciones. Para los efectos del presente decreto, las expresiones afiliación, afiliado, datos básicos, inscripción a la entidad promotora de Salud EPS, movilidad, novedades, registro, traslados, traslado EPS de dentro de un mismo régimen, traslado de EPS entre regímenes diferentes, y validación tendrán los siguientes alcances:

3.9. Movilidad: Es el cambio de pertenencia a un régimen dentro de la misma EPS para los afiliados en el Sistema General de seguridad Social en Salud focalizados en los niveles I y II del SISBÉN y algunas poblaciones especiales.

3.15. Traslados: son los cambios de inscripción de EPS dentro de un mismo régimen o los cambios de inscripción de EPS con cambio de régimen dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud. (La Sala destaca)

3.16. Traslado de EPS dentro de un mismo régimen: es el cambio de inscripción de EPS dentro de un mismo régimen.

3.17. Traslado de EPS entre regímenes diferentes: de regímenes diferentes. Es el Cambio de inscripción de EPS de regímenes diferentes.”

21. En cuanto a los regímenes exceptuados de la Ley 100 de 1993, el aludido Decreto establece que las personas que cumplan con los requisitos previstos en aquellos, se encuentran obligadas a su afiliación:

“Artículo 17. Obligatoriedad de la afiliación. La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud es obligatoria para todos los residentes en Colombia, salvo para aquellas personas que cumplan los requisitos para pertenecer a uno de los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente.

(...)

⁵¹ Es preciso resaltar que el inciso segundo, del artículo 2 del Decreto 2353 de 2015, dispone que a los regímenes exceptuados solo se les aplicará lo previsto en “*los artículos 12, numeral 12.2, 82, 83 y 85 del presente decreto*”.

Artículo 82. 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 pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros.” (La Sala destaca)

22. De acuerdo con las normas transcritas, 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 sobre el particular. 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.

Régimen jurídico aplicable a la multiafiliación

23. El artículo 48 del Decreto 806 de 1998 “*por el cual se reglamenta la afiliación al régimen de seguridad social en salud y la prestación de los beneficios del servicio público esencial de seguridad social en salud y como servicio de interés general en todo el territorio nacional*”, dispone la prohibición de la multiafiliación en el régimen contributivo y subsidiado, así como la afiliación a más de una entidad promotora de salud. Indica lo siguiente:

“Artículo 48. 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 afiliada en más de una Entidad Promotora de Salud, ostentando simultáneamente alguna de las siguientes calidades: Cotizante, beneficiario y/o cotizante y beneficiario.”

24. Por su parte, el Decreto 1703 de 2002 “*Por el cual se adoptan medidas para promover y controlar la afiliación y el pago de aportes en el Sistema General de Seguridad Social en Salud*”, en su artículo 14, modificado por el artículo 1 del Decreto 57 de 2015, estableció la imposibilidad de utilizar de manera simultánea los servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, ya sea en calidad de cotizante o beneficiario. En esa dirección dispuso:

“Artículo 14. Devolución de pagos dobles de cobertura. Las personas que se encuentren excepcionadas por ley para pertenecer al Sistema General de Seguridad Social en Salud, de conformidad con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no podrán estar afiliados simultáneamente a un Régimen Especial o de Excepción y al Sistema General de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar paralelamente los servicios de salud en ambos regímenes.

(...)”.

En consonancia con lo anterior, el Decreto 2353 de 2015 determina que ninguna persona podrá ostentar una múltiple afiliación entre los diferentes regímenes de seguridad social en salud:

“Artículo 29. Afiliaciones múltiples. (...) Tampoco podrá estar afiliado simultáneamente Sistema General de Seguridad Social en Salud y a un régimen exceptuado o especial.”

Asimismo, el numeral 6 del artículo 32 de la citada normatividad, señala como unas de las causales de terminación de la inscripción a una E.P.S., el cumplimiento de los requisitos para pertenecer a un régimen exceptuado o especial y prevé en su artículo 82 y siguientes, la inviabilidad de la afiliación simultánea en un régimen exceptuado o especial y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, por lo que regula, la forma como debe hacerse la restitución de los recursos, con ocasión de la afiliación múltiple. Establecen tales disposiciones:

“Artículo 32. Terminación de la inscripción en una EPS. La inscripción en la EPS en la cual se encuentra inscrito el afiliado y su núcleo familiar, se terminará en los siguientes casos:

32.6. Cuando el afiliado cumpla con las condiciones para pertenecer a un régimen exceptuado o especial legalmente establecido.

Artículo 82. Regímenes exceptuados o especiales y afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud. Las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre 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 de Seguridad Social en Salud como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.” (Destaca la Sala)

25. En síntesis, se encuentra prohibida la afiliación simultánea entre los regímenes exceptuados y el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ello 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 régimen 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 fin de evitar un pago doble por la cobertura de los servicios y la desviación de esos recursos.

26. En esa dirección y con el propósito de controlar la afiliación en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, el artículo 10 de la Ley 352 de 1997 precisa como una de las funciones de la Dirección General de Sanidad

Militar organizar la información relativa a la afiliación del personal que pertenezca a ese régimen⁵²:

“ARTÍCULO 10. FUNCIONES. *La Dirección General de Sanidad Militar tendrá a su cargo las siguientes funciones respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares:*

d) Organizar un sistema de información al interior del Subsistema, de conformidad con las disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, que contenga, entre otros aspectos, el censo de afiliados y beneficiarios, sus características socio-económicas, su estado de salud y registrar la afiliación del personal que pertenezca al Subsistema”. (Destaca la Sala)

27. Por su parte, el artículo 49 del Decreto 806 de 1998, señala que en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, las entidades promotoras de salud son las encargadas de hacer el cruce de información sobre los afiliados, con el propósito de evitar la multifiliación:

“Artículo 49. *Reporte de afiliación múltiple. Cuando las Entidades Promotoras de Salud (EPS) y las adaptadas, mediante cruces de información o por cualquier otro medio, establezcan que una persona se encuentra afiliada en más de una entidad, deberán cancelar una o varias afiliaciones, dando aplicación a las reglas establecidas para tal efecto en el artículo siguiente, previo aviso al afiliado”.*

28. Al respecto, esta Corporación en la sentencia T-886⁵³ del 2008, manifestó que la multifiliación obedece a un problema de tipo administrativo y que como tal, no debe interferir en la continuación de dicha prestación, sobre todo si a la persona se le está garantizando el acceso al servicio de salud. Sostuvo esta Corporación:

“La aplicación de esta fórmula legal de solución de casos de multifiliación no puede redundar en la interrupción o suspensión de la prestación del servicio de salud, cuando el mismo es requerido por un usuario, que manera tal que la ausencia del mismo comprometa su vida o su salud en condiciones dignas. En otras palabras, si dicha interrupción o suspensión compromete estos derechos fundamentales,

⁵² En idéntico sentido, se reprodujo dicha disposición en el artículo 13 del Decreto 1795 de 2000.

ARTICULO 13. FUNCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR - DGSM. La Dirección General de Sanidad Militar tendrá a su cargo las siguientes funciones respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares:

d) Organizar un sistema de información al interior del Subsistema, de conformidad con las disposiciones dictadas por el Ministerio de Salud, que contenga, entre otros aspectos, el censo de afiliados y beneficiarios, sus características socioeconómicas, su estado de salud y registrar la afiliación del personal que pertenezca al Subsistema y expedir el respectivo carné.

⁵³ M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, en esa oportunidad la Corte estudió el caso de edad, a la que la ARS Coosalud negó la práctica de un tratamiento, por no hallarse incluido en el POS.

los problemas administrativos originados por la situación de multifiliación no deben interferir la continuidad del tratamiento. Por ello mismo, la jurisprudencia ha distinguido entre la relación jurídico - formal (es decir el vínculo jurídico entre el usuario y la institución) y la relación jurídico – material (es decir la prestación del servicio médico por una institución a un usuario); y a partir de esta distinción ha concluido que “una institución encargada de prestar el servicio de salud, puede terminar la relación jurídico–formal con el paciente de acuerdo con las normas correspondientes, pero ello no implica que pueda dar por terminada inmediatamente la relación jurídica–material, en especial si a la persona se le está garantizando el acceso a un servicio de salud.” (Destaca la Sala)

En idéntico sentido, la sentencia T-760⁵⁴ del 2008 resaltó que los conflictos administrativos ocasionados a causa de una afiliación simultánea no constituyen una justa causa para impedir la continuidad de los tratamientos médicos ya iniciados. Explicó sobre el particular:

“Por eso ha afirmado que aun en estos casos de multifiliación debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera tal que los ‘conflictos administrativos’ que por esta razón se susciten con otras entidades no constituyan justa causa para impedir la continuidad y finalización óptima de los procedimientos ya iniciados.”

29. Debido al problema administrativo generado por la multifiliación, el Decreto 2353 de 2015 dispuso la creación del sistema de afiliación transaccional, administrado por el Ministerio de Salud y Protección Social, el cual permite consultar los datos de los afiliados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y así controlar la múltiple afiliación al interior del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y entre éste y los regímenes especiales y de excepción. Dispuso al respecto:

“Artículo 11. Creación del Sistema Afiliación Transaccional. Créase el Sistema de Afiliación Transaccional como un conjunto de procesos, procedimientos e instrumentos de orden técnico y administrativo, que dispondrá el Ministerio de Salud y Protección Social para registrar y consultar, en tiempo real los datos de la información básica y complementaria de los afiliados, la afiliación y sus novedades en el Sistema General Seguridad Social en Salud.

El Ministerio de Salud y Protección Social definirá las transacciones que pueden realizar los diferentes usuarios, de acuerdo con las competencias de éstos y los niveles de acceso que se definan. Una vez el Sistema de Afiliación Transaccional inicie su operación, éste será el medio para el registro de afiliación y el reporte de novedades.

⁵⁴M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la Corte estudió una acumulación de procesos en los que el servicio de salud fue negado a varias personas pertenecientes al Sistema General de Seguridad Social en Salud. Ver también, T-272 de 2010, MP. María Victoria Calle Correa.

El Ministerio de Salud y Protección Social tendrá la administración del Sistema de Afiliación Transaccional y definirá la responsabilidad de cada uno de los actores en el registro y reporte de la información en el Sistema, la estructura de datos y los medios magnéticos o electrónicos que se requieran para procesar la información del mismo.

El Sistema de Afiliación Transaccional permitirá a los prestadores consultar la información de los afiliados. Este Sistema podrá interoperar con los sistemas de información y procesos definidos por el Ministerio de Salud y Protección Social y con otros relacionados con la protección social.

(...)

Artículo 12. Elementos del Sistema de Afiliación Transaccional. Constituyen elementos básicos del Sistema de Afiliación Transaccional, los siguientes:

(...)

12.3. La información de referencia que permita controlar la multifiliación al interior del Sistema de Seguridad Social en Salud y entre éste y los regímenes especiales y de excepción”.

30. Si bien, la múltiple afiliación a los diferentes sistemas de salud se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico, no es menos cierto que en vista de que ello obedece a un problema administrativo, los usuarios incurso en tal problemática no deben verse afectados por tales conflictos en cuanto a la continuidad de los tratamientos médicos iniciados o en curso, pues no están llamados a asumir cargas que corresponden a las entidades promotoras de salud.

31. La Corte encuentra que entre las razones que justifican la prohibición de la afiliación simultánea en un régimen exceptuado y en el Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentran (i) la importancia de una administración ordenada del sistema, (ii) la obligación de prestación eficiente del servicio de salud y (iii) la trascendencia de la debida coordinación entre las entidades encargadas de dicha prestación. Dichas razones 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, la obligación de garantizar a todas las personas el acceso a los servicios que amparen su salud. Al respecto, esta Corporación ha sostenido que el principio de eficiencia en salud 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 país.

“El principio de eficiencia en materia de salud se relaciona con la mejor utilización y maximización de los recursos financieros disponibles para lograr y asegurar la óptima prestación de los servicios de salud a toda la población.”⁵⁵

De otro lado, en cuanto a la obligación del Estado de garantizar progresivamente la cobertura de los servicios de salud a todas las personas, la Corte ha precisado que *“el derecho a la salud implica el acceso oportuno, eficaz, de calidad y en igualdad de condiciones a todos los servicios, facilidades, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo.”⁵⁶* Por consiguiente, esto supone que debe asegurarse a las personas, tanto en su esfera individual como colectiva, los mecanismos necesarios que les permitan disfrutar y mantener *“el más alto nivel de salud física y mental”⁵⁷*. La multifiliación puede afectar la ordenada prestación de esos servicios, desconocer el régimen de competencias a cargo de las entidades promotoras de salud de cada uno de los regímenes e impedir el cumplimiento de las actividades de seguimiento por parte del Estado.

Continuidad en la prestación del servicio de salud. Reiteración de la jurisprudencia

32. Esta Corte, mediante sentencia C-313 del 2014⁵⁸, 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. Explicó la Corte:

“(…) cabe apuntar que este principio tiene arraigo constitucional en lo dispuesto por el artículo 2 de la Constitución Política, cuando se señala como fin esencial del Estado, el de la garantía de la efectividad de los derechos. Igualmente, tiene soporte en el artículo 83 de la Carta Política, pues, este se constituye en fundamento del principio de la confianza legítima.

(…)

Como se observa, la Corporación por vía de revisión, ha descartado los móviles presupuestales o administrativos como aceptables para privar del servicio de salud a las personas. No ha estimado la jurisprudencia que tales motivos sean de recibo ni aun cuando la suspensión del servicio no resulte arbitraria e intempestiva. En suma, por razones de orden económico o administrativo no tiene lugar la

⁵⁵ Ver sentencias C-623 de 2004, M.P. Rodrigo Escobar Gil, C-463 de 2008, M.P. Jaime Araújo Rentería y T-345 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

⁵⁶ T- 121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁵⁷ Ver artículo 12 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

⁵⁸ MP. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. La Sala Plena estudió la constitucionalidad de la Ley Estatutaria de Salud.

interrupción del servicio. Es inaceptable constitucionalmente la suspensión del servicio, así esta no sea intempestiva o arbitraria. Por ende, encuentra la Sala que se deben excluir del ordenamiento en el literal d) del inciso 2 del artículo 6 del proyecto la expresión “de manera intempestiva y arbitraria”, con lo cual el precepto rezará que no podrá ser interrumpido el servicio por razones administrativas y económicas.”

33. Igualmente, en la sentencia T- 899 del 2014⁵⁹, este Tribunal sostuvo que la continuidad en el servicio de salud consagra dos componentes: (i) la prohibición de suspender el tratamiento y (ii) la obligación de la E.P.S. de continuar el mismo hasta su culminación:

“(…) la Corte ha establecido que el principio de continuidad de la prestación de los servicios de salud es aplicable cuando un paciente haya iniciado un tratamiento durante la vigencia de la afiliación y consiste en (i) la prohibición de suspender el tratamiento y (ii) la obligación de la empresa prestadora de salud de seguir prestando los servicios hasta la culminación del tratamiento.”

34. Más recientemente, en sentencia T- 331⁶⁰ del 2015, la Corte reiteró 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. Destacó esta Corporación:

“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”.

⁵⁹ MP. Gloria Stella Ortiz Delgado. La Corte se pronunció sobre la situación de la señora Rus Meyer Acosta, quien al día siguiente de ser despedida de su trabajo, fue desvinculada por parte de la EPS Sanitas, pese a que se encontraba bajo un tratamiento oncológico y de reumatología.

⁶⁰ MP. Alberto Rojas Ríos. La Corte estudió el caso de la señora Gloria María Bujato Polo, ya que debido a la terminación de su contrato de trabajo con UNIAPUESTAS S.A., sería desafiada de la seguridad social y ello implicaría la imposibilidad de continuar con el tratamiento que recibe producto del cáncer que padece.

35. Adicionalmente, la sentencia T-067⁶¹ del 2015, la Corte señaló que pese a que el servicio de salud debe atender el principio de continuidad, ello no impide que las EPS 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.”

36. 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.

En esa dirección, la sentencia T - 057 del 2013⁶², analizó un caso de continuidad en la prestación del servicio de salud de una persona de la tercera edad, que debido a sus problemas de hipertensión arterial, cardiopatía isquémica e intolerancia a las alturas no podía desplazarse hasta Bogotá para recibir el tratamiento de radioterapia, en aquella ocasión, se amparó el derecho a la salud y como consecuencia de ello, se ordenó a la EPS que realizara el tratamiento según las indicaciones del médico tratante en una IPS ubicada en la ciudad de Yopal o Villavicencio, o en una ciudad de condiciones geográficas similares a las mencionadas. Dijo al respecto la Corte:

⁶¹ MP. Gloria Stella Ortiz. La Corte analizó el caso de la señora Andrea del Pilar Pérez Blanco, a quien la NUEVA EPS le negó la entrega de un medicamento antiepiléptico, debido a que la cotizante se encontraba en mora en los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud.

⁶² MP. Alexei Julio Estrada.

“En definitiva, a partir de los anteriores preceptos, la Corte ha concluido que los adultos mayores necesitan una protección preferente en vista de las especiales condiciones en que se encuentran y que es por ello que el Estado tiene el deber de garantizarles una atención integral en salud. La protección del derecho a la salud de los adultos mayores se hace relevante en el entendido de que “es precisamente a ellos a quienes debe procurarse un urgente cuidado médico en razón de las dolencias que son connaturales a la etapa del desarrollo en que se encuentran. Por todo lo anterior es que las obligaciones en materia de salud, derivadas del principio de solidaridad, deberán cobrar aún mayor fuerza cuando se trata de garantizar los derechos de los sujetos de especial protección constitucional, como las personas de la tercera edad.

Por otro lado, el derecho fundamental a la salud comprende, entre otros, el derecho que tiene toda persona en acceder a los servicios de salud que requiera de manera oportuna, efectiva y con calidad, teniendo en cuenta las condiciones y capacidades existentes.” (Destaca la Sala).

Solución del caso en concreto

Análisis de fondo

37. En el caso que ocupa la atención de la Sala en esta oportunidad, se debe tener en consideración que el accionante pese a que es un sujeto de especial protección, en razón a su edad, se encuentra con una afiliación simultánea en el sistema de salud, pues está activo en el régimen contributivo, a través de Famisanar E.P.S. y al mismo tiempo al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, con ocasión de la pensión que percibe por haber servido en esa institución.

38. Con base en lo expuesto en precedencia, corresponde a la Sala resolver, en primer lugar, si ¿se vulnera el derecho a la libertad de escogencia de entidad promotora de salud en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, al imponerse a un pensionado por el Ministerio de Defensa que se encuentra multiafiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, E.P.S. Famisanar, a recibir el correspondiente tratamiento médico, a través de las entidades previstas por ese régimen excepcional?.

Adicionalmente, la Sala deberá pronunciarse de manera particular si ¿amenaza el Ministerio de Defensa –Dirección de Sanidad de las Fuerzas Militares- los derechos fundamentales a la vida y la salud del señor Gabriel Jurado Marín, al notificarle la activación de su afiliación en el subsistema de salud de las Fuerzas Militares y con ello solicitarle el retiro de la E.P.S. Famisanar, sin tener en cuenta los tratamientos médicos que ésta última se encontraba adelantando?.

39. Ahora bien, como quedó anotado, la libre escogencia es una característica propia del Sistema General de Seguridad Social en Salud, que consiste en el derecho que tienen todos los afiliados a los regímenes contributivo y subsidiado de elegir -entre un amplio catálogo- la entidad que administrará su servicio de salud, para que una vez elegida ésta, escojan al interior de la misma, la institución que les prestará los servicios incluidos en el plan obligatorio de salud – POS. En consecuencia, debe entenderse que tal prerrogativa no fue contemplada para los regímenes exceptuados a la Ley 100 de 1993, específicamente, para el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, máxime si se tiene en cuenta que dicho subsistema de acuerdo con el inciso final⁶³ del artículo 4 del Decreto 1795 de 2000, está compuesto por unas entidades respecto de las cuales el usuario no puede elegir si quiere o no que le presten el aludido servicio.

Sin embargo, esta Corporación ha reconocido a los afiliados en los regímenes exceptuados, el derecho a la libre elección de manera restringida⁶⁴, a fin de que puedan escoger una I.P.S., con la cual su entidad promotora de salud tenga vigente un contrato o convenio, para la prestación del servicio de salud.

40. En este orden de ideas, la Sala de Revisión considera que no se vulnera el derecho del usuario a la libre escogencia de la entidad promotora de salud en el régimen exceptuado de las Fuerzas Militares, toda vez que éste fue creado con el propósito de ofrecer mayores beneficios y mejores condiciones que los del Sistema General de Seguridad Social en Salud, en atención a las características especiales de sus afiliados. De ahí que, en el caso del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, fue la propia Constitución la que autorizó al Legislativo para que definiera, de conformidad con las necesidades propias del sector militar, los organismos, dependencias y demás instituciones que administrarían de mejor manera el servicio de salud de sus afiliados. En ese entendido, como las competencias asignadas a las entidades que pertenecen a ese Subsistema son de origen legal, solo pueden ser modificadas a través de otra disposición de la misma naturaleza.

41. Así las cosas, esta Sala de Revisión comparte parcialmente lo manifestado por los jueces de instancia, en el sentido de precisar que si bien los afiliados a los regímenes exceptuados no gozan del derecho a la libre escogencia de entidad promotora de salud, en los términos en los que ha sido concebido para los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, debido a las condiciones propias de esos regímenes, sí cuentan con la posibilidad de elegir dentro de su administradora de salud, la I.P.S. con la cual tenga un contrato o convenio vigente.

42. De otra parte, en lo que atañe a la situación particular del señor Gabriel Jurado Marín, de manera preliminar hay decir que se encuentra multifiliado en

⁶³ “El Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares lo constituyen el Comando General de las Fuerzas Militares, la Dirección General de Sanidad Militar, el Ejército Nacional, la Armada Nacional, la Fuerza Aérea y Hospital Militar Central.”

⁶⁴ Ver T-745 de 2013, MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

el sistema de salud, pues de una lado tiene una afiliación vigente en la E.P.S Famisanar y de otro, está activo en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. No obstante, nunca le han sido negados los servicios de salud que ha requerido, así como tampoco se le han prestado de manera deficiente.

Cabe resaltar, que acorde con lo manifestado por el accionante⁶⁵, ha tenido acceso a todos los servicios de salud ofrecidos por Famisanar E.P.S. y esta ha tratado sus dolencias de forma oportuna. Además, la Dirección General de Sanidad Militar no se ha negado a atender en sus instalaciones al actor, sino que contrario a ello, se ha encontrado dispuesta a hacerle extensivo el servicio de salud al referido señor Jurado Marín.

No obstante lo anterior, tal y como se explica a continuación, la Sala estima que en la actualidad existe una amenaza real y grave del derecho a la salud del demandante por contener, pues debido a su avanzada edad y a sus padecimientos cardiacos, cualquier dilación en el desarrollo de los tratamientos iniciados para tal efecto, pueden comprometer su derecho a la vida –supuesto que también permite la interposición de la acción de tutela- dado que, de no intervenir el juez de tutela, en virtud del problema de multifiliación, Famisanar E.P.S. podría suspender los procedimientos médicos en curso, sin verificar que sean asumidos integral y eficazmente, por la entidad promotora de salud llamada a prestarle aquella asistencia.

43. Al respecto, tanto la jurisprudencia de esta Corporación, como el Decreto 2353 de 2015, señalan la imposibilidad de una afiliación simultánea en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y en un régimen exceptuado, razón por la que tal Decreto ha resaltado la prevalencia de la afiliación en el régimen exceptuado y, por tanto, la cancelación de la afiliación en el régimen contributivo. Sin embargo, es preciso advertir que acorde con las disposiciones normativas aplicables a cada uno de los regímenes en mención⁶⁶, en cabeza de las entidades administradoras de salud radica la obligación de verificar y cruzar en sistema la información relativa a cada uno de sus usuarios, con el propósito de decidir este tipo de trabas administrativas.

44. En vista de lo anterior, esta Corte en reiterados pronunciamientos⁶⁷ ha mencionado que los problemas administrativos generados por la multifiliación no deben ser asumidos por los usuarios del sistema de salud, es decir, que 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.

⁶⁵ Folio 1 cuaderno No. 2 el señor Gabriel Jurado Marín dijo: “(...) respecto de los servicios médicos, están siendo atendidos por la EPS FAMISANAR, en forma excelente desde 1995, por haber adquirido una pensión por parte de la empresa estatal SATENA allí tengo mi historia clínica (...), desde hace aproximadamente cincuenta años no hago uso de este servicio en sanidad militar no poseen historia clínica (...)”

⁶⁶ Artículo 49 del Decreto 806 de 1998 y artículos 10 de la Ley 352 de 1997 y 13 del Decreto 1795 de 2000.

⁶⁷ Supra. Ver 3.4 Multifiliación

45. La Sala advierte al analizar en detalle la historia clínica⁶⁸ del señor Jurado Marín, suministrada por la E.P.S Famisanar, que el accionante actualmente se encuentra en manejo de sus patologías y con tratamiento farmacológico. Indica dicho documento:

“c). Se trata de un paciente de 80 años con diagnóstico de cardiomiopatía isquémica, hipertensión arterial, hipotiroidismo que se encuentra en manejo por las especialidades de cardiología, medicina familiar de la IPS Cafam.

d). Se encuentra en tratamiento farmacológico con los siguientes medicamentos:

ACETIL SALICÍLICO ACIDO 100 mg, CARVEDILOL 6,25 mg TABLETA, ENALAPRIL MALEATO 5mg, LEVOTIROXINA SÓDICA 50 mg.

Medicamentos POS Capitados que no requieren autorización.”

Además, se estima pertinente reiterar que el demandante desde el año 1995 atiende todos sus padecimientos médicos, de manera exclusiva, por medio de la red de servicios de la E.P.S. Famisanar. En consecuencia, el señor Jurado Marín se encuentra cobijado por el principio de continuidad en la atención médica de sus padecimientos actuales. Dicho principio supone que los tratamientos médicos 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.

Por consiguiente, se colige que en el caso de la referencia no puede afectarse la continuidad del servicio de salud que se le viene prestando al accionante, ni ponerse en riesgo el amparo de sus derechos con ocasión de los problemas administrativos generados por la multifiliación. En efecto, no resulta posible sin desconocer la relación prolongada en el tiempo del señor Jurado Marín con la entidad promotora de salud y el cambio repentino de la entidad responsable de la prestación de los servicios. De esta forma existe un derecho, prima facie, a que se continúe el tratamiento con dicha entidad, para que diagnostique y trate las dolencias actuales del afiliado. Sin embargo, dado que según la jurisprudencia existe una preferencia de 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 otra entidad.*

En este orden de ideas, es preciso aclarar que todas las nuevas patologías que puedan diagnosticarse al señor Gabriel Jurado Marín deben ser asumidas por la Dirección General de Sanidad Militar, pues cualquier tratamiento que se requiera para atenderlas se encuentra por fuera del marco de garantías que conlleva la continuidad en el servicio. Por consiguiente, mientras se realiza el traslado definitivo de la afiliación del accionante al Subsistema de Salud de las

⁶⁸ Folio 53 – 148 cuaderno principal.

Fuerzas Militares, deberá continuar aportando a ambos sistemas de salud y una vez dicho trámite finalice, el Ministerio de Salud y la Protección Social, y el FOSYGA tendrán que actuar acorde con el tenor del artículo 83⁶⁹ del Decreto 2353 de 2015, referente a la restitución de los recursos en los casos de afiliación múltiple.

46. Por lo expuesto, esta Sala de Revisión concederá el amparo al derecho fundamental a la salud del señor Gabriel Jurado Marín. En consecuencia, la E.P.S. Famisanar debe continuar prestando los servicios de salud hasta que asuma el servicio de manera definitiva en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, previo trámite administrativo en el que se escuche la opinión especializada del médico tratante, de las Fuerzas Militares y del accionante y, una vez que la E.P.S. Famisanar constate que el señor Jurado Marín puede ser atendido integral y eficazmente en ese régimen exceptuado.

Regla de decisión.

47. Procede la protección del derecho a la salud de una persona de la tercera edad, incurso en un problema administrativo de afiliación simultánea entre un régimen exceptuado y el Sistema General de Seguridad Social en Salud, a fin de que el servicio de salud le sea continuado, a través de la entidad promotora de salud que pertenezca al régimen por el cual se ha tratado por un periodo largo en

⁶⁹ Artículo 83. Restitución de recursos por efecto de la múltiple que involucre un régimen exceptuado o especial.

En el evento que un afiliado a alguno de los regímenes exceptuados o especiales se haya afiliado simultáneamente a una Entidad Promotora de Salud – EPS -, el Fondo Solidaridad y Garantía FOSYGA o quien haga sus veces deberá solicitar a la respectiva la restitución de los recursos que por concepto UPC se le hubieren reconocido por dicho afiliado durante el tiempo de 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 restitución de UPC al FOSYGA o quien haga sus veces, so pena de la generación de intereses moratorias de conformidad con lo previsto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 del de 2002.

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 periodo 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 excepción.

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 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.

el tiempo, hasta tanto se asegure, previo trámite administrativo según lo indicado en el numeral anterior, que *el servicio médico requerido haya sido asumido y sea prestado de manera efectiva por otra entidad.*

En consecuencia, hasta que la E.P.S. tratante constate que el servicio de salud va a prestarse de manera integral y eficaz en la entidad promotora de salud que deba brindarle la correspondiente asistencia médica, no podrá suspender sus servicios.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el 15 de diciembre de 2015, por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el fallo emitido la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por medio de la cual negó la protección de los derechos invocados y en su lugar tutelar el derecho fundamental a la salud del señor Gabriel Jurado Marín.

Segundo.- ORDENAR la E.P.S Famisanar continuar la prestación del servicio de salud del señor Gabriel Jurado Marín hasta que se asegure, previo trámite administrativo según lo indicado en el numeral 45, que *el servicio médico requerido sea asumido y prestado de manera efectiva e integral por el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.*

Tercero.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General