

AMPARA EL DERECHO A LA SALUD DE COTIZANTE - Orden a EPS COOMEVA que continúe prestando el servicio de salud por condición de vulnerabilidad manifiesta / SUBSISTEMA DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES - Cotizante obligatorio. Se ordena de manera excepcional suspender la afiliación del actor al subsistema de salud de las fuerzas militares / APORTES AL SISTEMA DE SALUD POR ASIGNACIÓN DE RETIRO - Es un deber legal que no admite excepciones el pago de cotizaciones al régimen especial

No acceder a una petición como la que acá se discute y permitir que el accionante se le desvincule de los servicios médicos de COOMEVA EPS, puede ser devastador para su salud, como él mismo lo indica en sus pretensiones, por lo que esta Sala de Subsección colige que dada la prevalencia de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y en atención a su situación de vulnerabilidad manifiesta, es viable que de manera excepcional se suspenda la afiliación del accionante al subsistema de salud de las fuerzas militares. Respecto al problema de las cotizaciones a este régimen especial durante el tiempo que el accionante esté suspendido, esta Sala de Subsección ha llegado a la conclusión de que deben seguir llevándose a cabo, en virtud de los artículos 4 y 19 de la Ley 352 de 1997, en tanto el accionante tiene la calidad de cotizante obligatorio, por lo que se modificará la orden dada por el Tribunal Administrativo, pues el debate que acá se suscita es de derechos fundamentales y ese es un asunto entre las entidades, que debe dirimirse ante la jurisdicción contenciosa y a la luz de la normatividad aplicable. Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, debido a que los aportes al sistema de salud por la asignación de retiro es un deber legal que no admite excepciones. De esta manera, esta Sala de Subsección llega a la conclusión que se debe suspender la afiliación al subsistema de salud de las fuerzas militares, lo que no implica que se deban dejar de hacer los aportes correspondientes debido a los artículos 4 y 19 de la Ley 352 de 1997 en concordancia con el 48 de la Constitución Política. Tampoco se declarará la ocurrencia de la figura jurídica del hecho superado como lo solicita el Director General de Sanidad Militar, por cuanto en cumplimiento de la sentencia de primera instancia emitió la certificación que se le ordenó; sin embargo, lo cierto es que al momento de proferirse esa providencia no existía, por lo que el a quo acertó al proferir su decisión con los argumentos y pruebas obrantes en el expediente para ese momento, lo que impone confirma la decisión de primera instancia y se modificará únicamente en lo pertinente a los aportes.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCIÓN POLÍTICA - ARTÍCULO 86 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTÍCULO 1 / LEY 100 DE 1993 - ARTÍCULO 279 / LEY 352 DE 1997 / DECRETO LEY 1795 DE 2000 / LEY 1751 DE 2015 / DECRETO 2353 DE 2015 - ARTÍCULO 2 / DECRETO 2353 DE 2015 - ARTÍCULO 29 / DECRETO 2353 DE 2015 - ARTÍCULO 32 / DECRETO 2353 DE 2015 - ARTÍCULO 82 / DECRETO 780 DE 2016- ARTÍCULO 2.1.13.5

NOTA DE RELATORÍA: Respecto de los regímenes especiales en salud de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional ver: Corte Constitucional, sentencia T- 348 de 1997. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En cuanto a la procedencia de tutela de paciente que goza de protección constitucional reforzada, de paciente diagnosticada con cáncer ver: Corte Constitucional, sentencia T- 381 de 19 de julio de 2016. M.P. María Victoria Calle Correa.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN SEGUNDA

SUBSECCIÓN A

Consejero ponente: GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 08001-23-33-000-2016-00038-01(AC)

Actor: JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - DIRECCIÓN DE SANIDAD MILITAR - COOMEVA EPS

La Sala de Subsección decide la impugnación interpuesta por la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional en contra de la sentencia del 10 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

I. ANTECEDENTES

El señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA instauró una acción de tutela en contra de la Nación - Ministerio de Defensa– Dirección de Sanidad del Ejército Nacional y COOMEVA EPS, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, «la libre escogencia del sistema de salud y a la continuidad de su tratamiento» en conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas y la protección especial de la tercera edad.

1. Hechos

Del expediente, se advierten como hechos relevantes los siguientes:

1. El accionante es Oficial retirado en el grado de Capitán, de la Infantería de Marina de la Armada Nacional y se encuentra en tratamiento médico por cuenta de COOMEVA EPS contra un cáncer de tipo agresivo que padece, con metástasis en pulmones, huesos e hígado.
2. El 31 de agosto de 2016, cuando se acercó a la EPS COOMEVA a reclamar un medicamento para el tratamiento de la enfermedad le informaron que aparecía en el sistema de la entidad aparecía como retirado desde el día 29

de agosto de 2016 por presentar también afiliación en los servicios de las Fuerzas Militares.

3. Pese a que COOMEVA EPS lo volvió a afiliar provisionalmente el 8 de septiembre de 2016, en la sede Barranquilla, le exigen una constancia de retiro de afiliación al sistema de salud de las Fuerzas Militares para continuar brindándole el servicio médico sin interrupción.
4. No ha utilizado los servicios médicos de la Armada Nacional porque desde su retiro en 1978 se afilió a los servicios médicos por cuenta de la Empresa Monómeros Colombo Venezolanos, donde trabajó 28 años y medio.

2. Pretensiones

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes (fl.1):

«1.- Solicito se ordene a la Dirección general de Sanidad Militar se me desvincule temporalmente o definitivamente de los servicios Salud, sin menoscabo de mi sueldo de retiro, que va a ser el sostén de mi abnegada esposa cuando fallezca porque si no me curo del cáncer la expectativa de vida es corta y se dé cumplimiento al Decreto 1485 de 1994 (por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la Protección al Usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social). Artículo 14. Régimen general de la libre escogencia. El régimen de la libre escogencia estará regido por las siguientes reglas: II (...) 9. Permanencia para atención de servicios sujetos a periodos mínimos de cotización. Una vez cumplidos los periodos mínimos de cotización, el afiliado que haga uso de los servicios organizados por las Entidades Promotoras de Salud para atender esta clase de procedimientos de alto costo sujetos a periodos mínimos de cotización, deberá permanecer, salvo mala prestación del servicio, por lo menos dos años después de culminado el tratamiento en la Respectiva Entidad promotora de Salud. Para continuar el tratamiento con Coomeva EPS.

2.- Solicito se oficie a Coomeva EPS. Que no se me puede desvincular de los servicios médicos hasta tanto no este curado, porque sería mi muerte».

3. Trámite de la acción de tutela

Mediante auto del 29 de septiembre de 2016¹, el Tribunal Administrativo del Atlántico admitió la acción de tutela en referencia y ordenó notificar al Director General de Sanidad Militar, a efectos de rendir el informe respectivo. Vinculó a la entidad COOMEVA EPS como accionada, en aras de garantizar su derecho de contradicción y defensa. Negó la medida provisional consistente en ordenar a la Dirección General de Sanidad Militar que desvincule al accionante temporalmente o definitivamente de los servicios de salud sin menoscabo de su sueldo de retiro.

¹ Fols. 108 y s.s.

4. Informes

4.1. La **Dirección General de Sanidad Militar** argumentó que conforme a las normas que regulan el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, no resulta viable que el señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA, esté afiliado a la EPS COOMEVA y a su vez al Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, por cuanto ostenta la calidad de cotizante obligatorio sometido al régimen de cotización y que en aplicación del Decreto 780 de 2016, prevalece la afiliación en el régimen de excepción.

Indicó que de suspenderse su afiliación el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, solicitó se ordene a la EPS COOMEVA no dar aplicación a lo señalado en la Resolución No. 4895 de 2010, del Ministerio de Salud, por cuanto esa Dirección no tiene la capacidad de reintegrar valores a las diferentes EPS, por la prestación de los servicios de salud al accionante.

Finalmente indicó que la Dirección General de Sanidad Militar no ha vulnerado derecho alguno, por lo que en el ejercicio del derecho a la defensa solicita que se rechace y se declare la improcedencia de la acción de tutela.

4.2. COOMEVA EPS guardó silencio

5. Providencia impugnada

El Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante sentencia del 10 de octubre de 2016 amparó los derechos fundamentales a la seguridad social en salud del señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA, para lo cual ordenó a la Dirección de Sanidad Militar, que en el término improrrogable de 48 horas proceda a desafiliación o suspensión temporal del actor en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, debiendo trasladar el porcentaje que se le descuenta por concepto de cotizaciones del régimen de excepción en salud al Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA o quien haga sus veces, y además, dentro del mismo término, proceda a emitir certificación con destino a la EPS COOMEVA en la que conste el retiro o suspensión del régimen de excepción. De igual manera ordenó a COOMEVA EPS continuar con la prestación del servicio de salud al accionante.

Al efecto consideró el Tribunal que la postura asumida por la Dirección de Sanidad Militar vulnera los derechos fundamentales del accionante al inaplicar las

disposiciones que sobre el tema de las multifiliaciones se han proferido, así como los pronunciamientos de la Corte Constitucional. Además la entidad desconoció que el actor es una persona de la tercera edad, que padece cáncer de próstata con metástasis ósea y que COOMEVA EPS ha venido tratando su enfermedad.

Si bien es cierto conforme al Decreto 780 de 2016 no era posible la doble afiliación, es decir en el régimen exceptuado y el contributivo, esa norma es imposible de aplicar en este caso especial que cobija al actor pues las entidades de salud de las Fuerzas Militares desconocen su proceso evolutivo, cuando nunca ha recibido atención por esa entidad y en cambio ha sido tratado por la EPS COOMEVA.

6. Impugnación

El Director General de Sanidad Militar impugnó la sentencia del 10 de octubre de 2016 al señalar, que conforme a lo señalado en la Ley 352 de 1997, artículo 4º literal b) y el artículo 23 literal a) del Decreto 1795 de 2000, el señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA quien se encuentra en calidad de teniente de navío ® y como tal es cotizante obligatorio en este Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y está prohibida la multifiliación. Que tal situación es sancionable por la Superintendencia Nacional de Salud, por lo cual es procedente que continúe afiliada a este Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares como cotizante obligatorio.

Finalmente solicitó se ordene a Coomeva EPS que no realice ningún recobro pues Dicha Dirección no está en capacidad de reintegrar valores por cotización y además solicita se declare el hecho superado pues ya no se está vulnerando derecho alguno en razón a que al actor se le suspendió del sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares y además por cuanto ya se expidió la certificación que le ordenó por parte del Tribunal del Atlántico.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Corresponde a esta Sala conocer la presente acción de tutela de conformidad con lo dispuesto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991², en cuanto estipula que “Presentada debidamente la impugnación el juez remitirá el expediente dentro de los dos días siguientes al superior jerárquico correspondiente”.

2. Procedencia de la acción.

El artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta al artículo 86 de la Constitución Política, establece:

"Artículo 1o. Objeto. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto".

Como se advierte, la acción de tutela fue concebida por el constituyente para la protección inmediata, oportuna y adecuada, ante situaciones de amenaza o vulneración, de los derechos fundamentales, por la acción u omisión de las autoridades públicas, o de los particulares en casos concretos y excepcionales. La acción, sin embargo, es subsidiaria a otras herramientas judiciales que permitan proteger los derechos fundamentales del accionante, salvo que se interponga como mecanismo transitorio para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En este caso el accionante acudió a este mecanismo constitucional a efectos de solicitar que se le suspenda su afiliación o se le desvincule del sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares para continuar con su afiliación a la EPS COOMEVA, entidad que le está brindando el tratamiento médico que necesita frente a la enfermedad de cáncer que padece.

Para la Sala la acción de tutela resulta procedente en tanto que el accionante es una persona que goza de protección constitucional reforzada, al ser un paciente diagnosticado con cáncer, por el impacto que dicha enfermedad tiene en la salud y

² “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículos 86 de la Constitución Política”.

vida, y porque, de no permitirse que la EPS le siga tratando, puede suponer un deterioro irremediable e irreversible de su salud al tratarse de una enfermedad catastrófica, de ahí que exigirle agotar un trámite judicial ordinario para efectuar dicha gestión de suspensión en el sistema podría suponer un riesgo para la vida³.

3. Problema jurídico

Le corresponde a la Sala de Subsección determinar si el régimen legal vigente del subsistema de salud de las Fuerzas Militares permite suspender su afiliación; de no ser positiva la respuesta, debe señalarse si en aplicación de los principios *pro homine* y de continuidad de los servicios, señalados en la Ley Estatutaria de Salud, se puede ordenar de manera excepcional que el accionante sea atendido por la EPS COOMEVA .

4. Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional

La Ley 100 de 1993, en su artículo 279, consagró distintos regímenes especiales de seguridad social, los cuales están excluidos del Sistema General en Salud, como son los relativos a los miembros de la Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, de Ecopetrol y de las empresas en concordato preventivo y obligatorio mientras dure el proceso concursal.

Bajo ese entendido, se tiene que las Fuerzas Militares y la Policía Nacional forman parte de los regímenes especiales de salud y, acerca de dichos regímenes la Corte Constitucional sostuvo en la Sentencia T-348 de 1997 que:

“[t]ales regímenes consagran derechos adquiridos por los mencionados sectores laborales, gracias a reivindicaciones colectivas que fueron defendidas por sus voceros ante el Congreso de la República, justamente, para que no fueran desconocidas por el sistema general de pensiones y salud”.

Concretamente, respecto del Régimen Especial de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, la Ley 352 de 1997 *“Por la cual se reestructura el Sistema*

³ Puede consultarse al respecto, la sentencia T-381/16 con ponencia de la Magistrada Dra. María Victoria Calle Correa.

de Salud y se dictan otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional”, define la sanidad como un servicio público esencial orientado a dar respuesta a las necesidades del personal activo, retirado, pensionado y beneficiario. El Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía se inspira en principios orientadores, entre los cuales se encuentra el de *universalidad*, que es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida y la *protección integral* a sus afiliados y beneficiarios en sus fases de educación, información y fomento de la salud, prevención, protección, diagnóstico, recuperación, rehabilitación, en los términos y condiciones que establece el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial. De igual manera, deben realizar actividades que en materia de salud requieran las Fuerzas Militares y la Policía Nacional para el cumplimiento de su misión.

Por su parte, el Decreto Ley 1795 de 2000, en virtud del cual se estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional dispuso que el objeto de tal sistema es prestar el servicio de sanidad inherente a las operaciones militares y del servicio policial como parte de su logística militar, así como brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios.

Las normas anteriormente mencionadas, al regular lo concerniente a la estructuración del Sistema de Salud indicaron, en los artículos 19 y 23, que existen dos clases de afiliados al sistema especial de salud de las Fuerza Militar y de la Policía Nacional y se clasifican en: (i) los afiliados sometidos al régimen de cotización y (ii) los afiliados no sometidos al régimen de cotización. En efecto, el artículo 19 de la Ley 352 de 1997 estipuló:

“ARTÍCULO 19. AFILIADOS. Existen dos (2) clases de afiliados al SSMP:

a) Los afiliados sometidos al régimen de cotización:

1. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en servicio activo.
2. Los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional en goce de asignación de retiro o pensión.
3. El personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y el personal no uniformado, activo y pensionado de la Policía Nacional.

4. Los soldados voluntarios.
5. 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.
6. Los beneficiarios de pensión por muerte del personal civil, activo o pensionado del Ministerio de Defensa Nacional y del personal no uniformado, activo o pensionado de la Policía Nacional.
7. Los servidores públicos y los pensionados de las entidades descentralizadas adscritas o vinculadas al Ministerio de Defensa Nacional que deseen vincularse al SSMP.
8. Los estudiantes de pregrado y posgrado de ciencias médicas y paramédicas que presten sus servicios en los establecimientos de sanidad del SSMP.

b) Los afiliados no sometidos al régimen de cotización:

1. Los alumnos de las escuelas de formación de Oficiales y Suboficiales de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los alumnos del nivel ejecutivo de la Policía Nacional, a que se refieren el artículo 225 del Decreto-ley 1211 de 1990, el artículo 106 del Decreto-ley 41 de 1994, y el artículo 94 del Decreto 1091 de 1995, respectivamente.
2. Las personas que se encuentren prestando el servicio militar obligatorio.

PARÁGRAFO 1o. Cuando un afiliado por razones laborales llegue a pertenecer simultáneamente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al SSMP, podrá solicitar la suspensión temporal de su afiliación, cotización y utilización de los servicios del SSMP. No obstante podrá modificar su decisión en cualquier tiempo.

PARÁGRAFO 2o. Los estudiantes de pregrado y postgrado de ciencias médicas y paramédicas que presten sus servicios en los establecimientos de sanidad del SSMP serán objeto de los beneficios y deberes consagrados en las normas vigentes. La prestación de los servicios de salud derivados de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, así como el reconocimiento de las prestaciones económicas y asistenciales para tales afiliados quedará a cargo del Sistema General de Riesgos Profesionales de que trata la Ley 100 de 1993, lo anterior sin perjuicio de que el SSMP preste dichos servicios de salud y repita posteriormente contra las entidades encargadas de administrar los recursos del seguro de accidentes de trabajo y enfermedad profesional a que esté afiliado el respectivo estudiante.

PARÁGRAFO 3o. El personal regido por el Decreto-ley 1214 de 1990 vinculado a partir de la vigencia de la Ley 100 de 1993, se regirá por ésta en materia de salud”

Como se aprecia, de las normas transcritas, es evidente que la protección social del personal militar siempre ha estado separada del resto de partes de la Seguridad Social, inclusive de la protección social de los otros funcionarios, empleados o servidores públicos. Esta separación ha sido justificada por las particularidades propias del ámbito militar, que exigía medidas de tutela específicas, y por ello los poderes públicos fomentaron la aparición de regímenes especiales para proporcionar una adecuada cobertura frente a los riesgos sociales. Tal exclusión o separación se encuentra prevista en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 que establece:

“ARTICULO. 279.-Excepciones. 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**, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquél que se vincule a partir de la vigencia de la presente ley, ni a los miembros no remunerados de las corporaciones públicas [...]” (Negrilla fuera del texto original).

Conforme a lo anterior, puede colegirse en principio que el accionante es cotizante obligatorio del subsistema de salud de las fuerzas militares, debido a que es un Capitán de Navío Retirado de la Armada Nacional.

5. La libertad de escogencia, elemento esencial del derecho a la salud en la Ley Estatutaria de Salud 1751 de 2015.

Debe recordarse que conforme a lo señalado en el numeral 4º del artículo 153⁴ de la Ley 100 de 1993, 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.

Sin embargo, el entendimiento que se venía dando de tal libertad para quienes hacen parte de los regímenes exceptuados por parte de la Corte Constitucional

⁴ “4. Libre escogencia. El sistema general de seguridad social en salud permitirá la participación de diferentes entidades que ofrezcan la administración y la prestación de los servicios de salud, bajo las regulaciones y vigilancia del Estado y asegurará a los usuarios libertad en la escogencia entre las entidades promotoras de salud y las instituciones prestadoras de servicios de salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios. Quienes atenten contra este mandato se harán acogedores a las sanciones previstas en el artículo 230 de esta ley.”

era restringida⁵, 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, teóricamente, por cuanto su 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.

Ahora bien, 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*”⁶, por lo que se colige que tal previsión 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.

En armonía con lo expuesto, el Decreto 2353⁷ 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

⁵ T- 745 de 2013

⁶ Ver artículo 3.

⁷ 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*”.

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 11 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.”

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.

(...)

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.” Destaca la Sala.

El mencionado Decreto dispone además 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 6º del artículo 32⁸ 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 siguientes⁹, 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.

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.

Ahora bien, esta prohibición de multifiliación específica entre régimen general y régimen especial, fue recogida de manera directa por el Decreto 780 de 2016 en su artículo 2.1.13.5 en el cual se señaló:

“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

⁸ “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.”

⁹ “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)

como cotizantes o beneficiarios, o utilizar los servicios de salud en ambos regímenes.

Los miembros del núcleo familiar de las personas cotizantes que pertenecen a alguno de los regímenes exceptuados o especiales deberán pertenecer al respectivo régimen exceptuado o especial, salvo que las disposiciones legales que los regulan dispongan lo contrario.

Los regímenes exceptuados o especiales establecidos legalmente tendrán la obligación de reportar al Sistema de Afiliación Transaccional la información de identificación y estado de afiliación de su población afiliada.

Cuando la persona afiliada como cotizante a un régimen exceptuado o especial o su cónyuge, compañero o compañera permanente tenga una relación laboral o ingresos adicionales sobre los cuales esté obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud deberá efectuar la respectiva cotización al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) o quien haga sus veces. Los servicios de salud serán prestados, exclusivamente a través del régimen exceptuado o especial y podrá recibir las prestaciones económicas que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud en proporción al ingreso base de cotización por el que efectuó los aportes al Sistema. Para tal efecto, el aportante tramitará su pago ante el Fosyga o quien haga sus veces.

Cuando las disposiciones legales que regulan el régimen exceptuado o especial no prevean la afiliación de cotizantes distintos a los de su propio régimen, el cónyuge, compañera o compañero permanente, incluyendo las parejas del mismo sexo, obligado a cotizar deberá afiliarse en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y los beneficiarios quedarán cubiertos por el régimen de excepción o especial. Si el régimen de excepción o especial no prevé la afiliación del grupo familiar o la composición del núcleo familiar según lo previsto en el presente decreto, el obligado a cotizar al Sistema General de Seguridad Social en Salud y sus beneficiarios se afiliarán a este último.”

Ahora bien, frente a esta problemática, la Corte Constitucional¹⁰ ha señalado que la múltiple afiliación a los diferentes sistemas de salud se encuentra prohibida en el ordenamiento jurídico, pero ésta obedece a un problema administrativo, por lo que 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.

En este sentido esa Corporación, señaló que el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud no puede afectarse por cuestiones, discusiones o

¹⁰ Sentencia T – 886 de 2008.

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 tratando¹¹.

6. Caso concreto.

Respecto a la solicitud de suspensión a este régimen por parte del accionante, el Tribunal Administrativo del Atlántico señaló que ante la condición de salud del señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA, era posible flexibilizar la regla según la cual está obligado a permanecer en el régimen excepcional de seguridad social, puesto que su aplicación reñía con postulados de orden constitucional como es la protección de los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Advierte la Sala que tal decisión debe mantenerse pues según se desprende de los folios 18 y siguientes del expediente, donde obra copia de la historia clínica del paciente en mención por cuenta de la EPS COOMEVA, se certifica que el accionante viene siendo atendido por esa entidad y fue diagnosticado con “Carcinoma de próstata pobremente diferenciado Gleason 4 + 5= 9 Mestastásico estadio IV cT3a cN1 (ganglios obturadores y ilíacos (sic)) m1 esqueleto axial”. Allí se indica que se le iniciará irradiación paliativa y después se quimioterapia.

Ahora bien, del panorama descrito en el acápite anterior se tiene que de una parte la Ley Estatutaria “por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”, que estableció como elemento del derecho a la salud el principio de “libertad de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible según las normas de habilitación”, no obstante, el Decreto reglamentario 780 de 2016 en su artículo 2.1.13.5 precisó que las condiciones de pertenencia a un régimen exceptuado o especial prevalecen sobre las de pertenencia al régimen contributivo y deberá afiliarse a los primeros.

Ese panorama normativo, que no se discute a través de esta acción, impone que en este caso especial, donde el centro de la controversia involucra una posible afectación del derecho a la vida de un paciente con cáncer, impone a la Sala dar aplicación directa a los principios *pro homine*¹² y de continuidad en los servicios¹³,

¹¹ Sentencia T- 331 de 2015.

¹² “Las autoridades y demás actores del sistema de salud, adoptarán la interpretación de las normas vigentes que sea más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de las personas.”

contenidos en la misma Ley estatutaria, para que se permita de manera excepcional la suspensión del accionante del sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares y se le permita la atención por parte de la EPS COOMEVA, en el entendido que si bien los organismos prestadores de Salud del Ejército Nacional no le han negado los servicios de salud al accionante, éste se encuentra afiliado a COOMEVA EPS, donde se le han tratado su patologías y se le viene dando el tratamiento para el cáncer metastásico que padece.

No acceder a una petición como la que acá se discute y permitir que el accionante se le desvincule de los servicios médicos de COOMEVA EPS, puede ser devastador para su salud, como él mismo lo indica en sus pretensiones, por lo que esta Sala de Subsección colige que dada la prevalencia de los derechos fundamentales a la salud, vida digna y en atención a su situación de vulnerabilidad manifiesta, es viable que de manera excepcional se suspenda la afiliación del accionante al subsistema de salud de las fuerzas militares.

Respecto al problema de las cotizaciones a este régimen especial durante el tiempo que el accionante esté suspendido, esta Sala de Subsección ha llegado a la conclusión de que deben seguir llevándose a cabo, en virtud de los artículos 4 y 19 de la Ley 352 de 1997, en tanto el accionante tiene la calidad de cotizante obligatorio, por lo que se modificará la orden dada por el Tribunal Administrativo, pues el debate que acá se suscita es de derechos fundamentales y ese es un asunto entre las entidades, que debe dirimirse ante la jurisdicción contenciosa y a la luz de la normatividad aplicable.

Lo anterior encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política, debido a que los aportes al sistema de salud por la asignación de retiro es un deber legal que no admite excepciones. De esta manera, esta Sala de Subsección llega a la conclusión que se debe suspender la afiliación al subsistema de salud de las fuerzas militares, lo que no implica que se deban dejar de hacer los aportes correspondientes debido a los artículos 4 y 19 de la Ley 352 de 1997 en concordancia con el 48 de la Constitución Política.

Tampoco se declarará la ocurrencia de la figura jurídica del hecho superado como lo solicita el Director General de Sanidad Militar, por cuanto en cumplimiento de la sentencia de primera instancia emitió la certificación que se le ordenó; sin embargo, lo cierto es que al momento de proferirse esa providencia no existía, por lo que el *a quo* acertó al proferir su decisión con los argumentos y pruebas

¹³ “d) **Continuidad.** Las personas tienen derecho a recibir los servicios de salud de manera continua. Una vez la provisión de un servicio ha sido iniciada, este no podrá ser interrumpido por razones administrativas o económicas;”

obrantes en el expediente para ese momento, lo que impone confirma la decisión de primera instancia y se modificará únicamente en lo pertinente a los aportes.

En mérito de lo expuesto **la Sección Segunda, Subsección “A” de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

F A L L A

PRIMERO.- CONFÍRMASE la sentencia del 10 de octubre de 2016, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico, que amparó el derecho fundamental a la seguridad social en salud del señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta providencia **salvo el numeral segundo que se modifica**. En su lugar quedará así:

“**SEGUNDO.- ORDENÉSE** a la Dirección de Sanidad Militar que en el improrrogable término de cuarenta y ocho (48) horas, contadas a partir de la notificación de esta providencia proceda a la desafiliación o a la suspensión temporal del actor en el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares. Además, dentro del mismo término proceda a emitir certificación con destino a la EPS COOMEVA en la que conste el retiro o suspensión de excepción del actor.

A su turno, ordenar a la EPS COOMEVA, que como consecuencia de lo anterior, continúe con la prestación de los servicios de salud al señor JORGE ALBERTO CAICEDO CORREA, quien ostenta la condición de cotizante”.

SEGUNDO: NOTIFICAR a las partes e interesados por el medio más expedito de conformidad con lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto Ley 2591 de 1991.

TERCERO: Dentro del término de diez (10) días, previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, **REMÍTASE** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Esta sentencia se estudió y aprobó en sesión celebrada en la fecha.

GABRIEL VALBUENA HERNÁNDEZ

RAFAEL FRANCISCO SUÁREZ VARGAS

WILLIAM HERNÁNDEZ GÓMEZ