

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA DE LAS PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD - Relación de especial sujeción con el Estado / ACCIÓN DE TUTELA - Ampara los derechos a la salud y a la vida / NIEGA INGRESO AL REGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD

De entrada podría estimarse que la accionante cuenta con la opción de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para hacer valer sus reparos en relación con la multiafiliación alegada. Sin embargo, cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 a dicha entidad, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, solo le compete el conocimiento de las quejas relacionadas con la multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social, y en el caso bajo estudio obra documento del FOSYGA según el cual el titular de los derechos fundamentales se reporta como retirado del servicio de COOMEVA EPS por multiafiliación a régimen de excepción. De otra parte, si bien podría considerarse que frente al retiro del sistema de seguridad social en salud efectuado por el Fosyga la parte accionante contaba con la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dicho medio ordinario carece de idoneidad en el caso concreto para desatar la discusión planteada, frente a la edad del titular de los derechos fundamentales, su estado de salud como consecuencia de la enfermedad coronaria izquémica e hipertensiva que padece, y el hecho de encontrarse recluido en un establecimiento penitenciario y carcelario cumpliendo una condena, situación que propicia la afectación de sus derechos fundamentales. (...). En virtud de la relación de especial sujeción que tienen las personas privadas de la libertad con el Estado, este último puede exigir de ellas la suspensión y restricción de derechos fundamentales bajo criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad. Como consecuencia de la imposición de la pena pueden ser suspendidos los derechos a la libre locomoción o los derechos políticos, entre otros. A fin de garantizar la disciplina, la seguridad y la salubridad, pueden ser restringidos o limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, a la unidad familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, trabajo y educación. Con todo existen derechos cuya garantía deviene plena, tales como aquellos que se derivan directamente de la dignidad humana como la vida, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, la personalidad jurídica, el debido proceso, el acceso a la justicia y el derecho de petición, prerrogativas que deben ser respetadas y garantizadas por las autoridades penitenciarias y carcelarias a las personas privadas de la libertad. En cuanto a la salud se ha establecido que el solo encierro puede tener impacto sobre ella; que se vulnera de manera significativa al no brindar a las personas privadas de la libertad el acceso a los servicios de salud requeridos; que existe una violación aún más básica y grave al privar a las personas del grado de salud y de bienestar con el cual entraron a prisión. Igualmente se ha precisado que dicho derecho se impacta negativamente por las demoras excesivas en la atención, la ausencia de personal médico en los centros de reclusión, la ausencia de contratos o el represamiento de las solicitudes de procedimientos y autorización de medicamentos, entre otros, lo cual ha llevado a la declaratoria de un estado inconstitucional de cosas del Sistema Penitenciario y Carcelario. En suma, el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad deber ser garantizado en condiciones de igualdad, porque realizan la vida y la dignidad humana y, además, por la relación de especial sujeción del interno con el Estado y la ausencia de justificación para su limitación dentro del marco general del derecho punitivo. Por tanto, la atención en salud para esa población debe ser adecuada, digna, oportuna y cumplir con las condiciones de infraestructura y personal médico necesarios para garantizar su goce efectivo. Mediante sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la Corte Constitucional declaró y

reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario del país. La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo de 2 de junio de 2016 proferido dentro del expediente AC-201600057-01, también ha sostenido que los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada, en virtud de lo cual ha ordenado adoptar las medidas necesarias para superar las deficiencias y problemáticas evidenciadas en cada uno de los centros penitenciarios.

MODELO DE ATENCIÓN EN SALUD PARA LA POBLACIÓN PRIVADA DE LA LIBERTAD - Bajo la custodia y vigilancia del INPEC / REGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD Y REGIMEN ESPECIAL - Multiafiliación. No se puede estar afiliado simultáneamente en los diferentes regímenes de seguridad social en salud

La Ley 1122 de 2007, artículo 14, literal m, determinó la afiliación de las personas privadas de la libertad al Sistema General de Seguridad Social en Salud y le atribuyó al Gobierno Nacional la competencia para prestarle la atención adecuada. Posteriormente mediante Decreto 1141 de 2009 se dispuso que esa vinculación se hiciera a través de una EPS del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional. Si bien el artículo 2 del Decreto 1141 de 2009, modificado por el Decreto 2777 de 2010, dispuso el subsidio total de la salud de las personas privadas de la libertad en sitios de reclusión bajo la dirección del INPEC, también estableció que los reclusos afiliados tanto a regímenes contributivos como exceptuados o especiales conservarían su afiliación, a condición de que siguieran observando las condiciones previstas para la misma. En virtud de ello las EPS del régimen contributivo y las entidades aseguradoras del régimen exceptuado o especial responderían por la prestación de los servicios previstos en el plan correspondiente y su pago. Advirtió, igualmente, que a fin de prestar los servicios de salud se debería coordinar con el INPEC la seguridad de los internos. Sobre este preciso tópico, mediante el artículo 84 Decreto 2353 de 3 de diciembre de 2015, se dispuso posteriormente que las personas privadas de la libertad obligadas a cotizar al sistema general de seguridad social en salud deberán efectuar el pago de sus aportes y no tendrán acceso a las prestaciones asistenciales y económicas a cargo del sistema. Tal disposición fue reiterada por el Decreto 780 de 2016 mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social. Por medio de la Ley 1709 de 2014 se reformaron algunas disposiciones de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario. Se estableció que dicha población tiene acceso a todos los servicios del Sistema General de Salud en los niveles de prevención, diagnóstico temprano, y de tratamiento de patologías físicas o mentales, para lo cual los centros de reclusión deben contar con unidades de atención primaria y de atención inicial de urgencias en salud penitenciaria y carcelaria. De conformidad con la reforma, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, les corresponde diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, para lo cual se creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. El 23 de diciembre de 2015 se suscribió un contrato de fiducia mercantil entre la USPEC y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, integrado por la Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A., para administrar y pagar los recursos dispuestos en el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad. Mediante el Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015 se suprimió a CAPRECOM y se ordenó su liquidación mediante proceso que adelanta la Fiduciaria La Previsora. En dicho decreto se prohibió a CAPRECOM iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, aunque se habilitó para realizar actos, operaciones y contratos

necesarios a fin de efectuar su liquidación y adelantar acciones para la prestación oportuna del servicios de salud a sus afiliados hasta que se produzca su traslado a otra Entidad Promotora de Salud. También se dispuso que deberá continuar con la prestación de los servicios de salud a la población reclusa del INPEC, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, hasta que tal actividad se asumida por la USPEC. El 1 de febrero de 2016, mediante la suscripción de un otrosí al contrato de fiducia mercantil se determinó que a partir de esa fecha: i) Caprecom en liquidación no tendrá la facultad de celebrar nuevos contratos para la prestación integral de servicios de salud a partir del 31 de mayo de 2016; ii) las obligaciones de Caprecom en liquidación quedan restringidas a ejecutar los contratos que se hubieran celebrado a la fecha de suscripción del otro sí; y iii) cuando el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 pretenda celebrar un contrato para el mismo servicio y cobertura de aquellos que Caprecom tiene vigente, lo informará a la entidad para que sea esta la que realice los actos de terminación y liquidación. (...). Al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 806 de 1998 está prohibida la multiafiliación en el régimen contributivo y en el subsidiado, así como la afiliación a más de una entidad promotora de salud. El Decreto 1703 de 2002, en su artículo 14, modificado por el artículo 1 del Decreto 57 de 2015, determina que no se puede utilizar simultáneamente los servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea que se trate de cotizante o de beneficiario. A su turno, el Decreto 2353 de 2015 prevé que ninguna persona puede estar afiliada simultáneamente en los diferentes regímenes de seguridad social en salud, al punto de relacionar como causal de terminación de la inscripción a una EPS, el cumplimiento de los requisitos para pertenecer a un régimen exceptuado o especial. Además, la misma normativa fija la forma en que debe hacerse la restitución de los recursos, con ocasión de la multiafiliación. (...). Lo anterior permite entender que el sistema de salud de las personas privadas de la libertad es obligatorio y prevalente sobre el sistema general de seguridad social y los regímenes exceptuados o especiales.

ATENCIÓN EN SALUD A LA POBLACIÓN RECLUSA - Solo es permitido a través del Fondo Nacional para las personas privadas de la libertad / REINTEGRO AL REGIMEN CONTRIBUTIVO EN SALUD - No accede a la pretensión por estar adscrito al régimen especial de servicios de salud para la población carcelaria.

De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, en virtud del principio de continuidad en el servicio de salud, inherente al derecho fundamental a la salud, toda persona tiene la garantía de que el tratamiento médico iniciado no le será suspendido, al menos por razones puramente administrativas o presupuestales. (...). Pese a ello la Corte Constitucional también ha dispuesto en su jurisprudencia que la continuidad en la prestación del servicio de salud, se puede interrumpir para controlar la afiliación de los usuarios en el sistema de salud, previa garantía del debido proceso del paciente y siempre y cuando se compruebe que el servicio médico requerido ha sido asumido de manera integral y efectiva por otra entidad, o que el paciente superó su enfermedad. Además, ha enfatizado en que las decisiones de suspensión de servicios de salud o de desafiliación de los mismos no pueden adoptarse de manera unilateral sino con arreglo al debido proceso lo que de suyo implica el ejercicio del derecho de defensa. (...). También ha reiterado que la multiafiliación obedece a un problema de índole administrativa que no debe interferir en la continuidad de la prestación del servicio de salud ni mucho menos del tratamiento prescrito al paciente. (...). El acervo probatorio relacionado permite entender que el agenciado venía recibiendo de COOMEVA EPS, Régimen

Contributivo, citas médicas, prescripción de diversos exámenes de laboratorio y medicamentos, propios de las actividades de seguimiento y control de las patologías que padece, lo que permite entender que en modo alguno viene sometido a un tratamiento médico que la entidad prestadora no debe interrumpir porque de hacerlo se pondría en riesgo su vida. Por tanto, tal como lo expresó el a-quo, no hay lugar a que el agenciado reciba las prestaciones asistenciales por intermedio del Régimen Contributivo de Salud en calidad de beneficiario de su hija, cuando se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud exceptuado o especial, de aplicación obligatoria, que presta el sistema carcelario por encontrarse privado de la libertad. Pese a lo anterior, no puede desconocerse que, según lo expresado por la agente oficiosa, el señor agenciado no ha recibido una atención médica adecuada por parte del sistema de salud propio del régimen carcelario y penitenciario en relación con la hipertensión primaria, la enfermedad coronaria y la cardiopatía isquémica que padece, situación que no fue desvirtuada por la parte demandada, frente a lo cual el a-quo, con fundamento en la aplicación de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dispuso el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida del paciente.(...) Sin embargo, la Sala considera pertinente adicionar la orden impartida para que en el cumplimiento de la orden de garantizarle las prestaciones asistenciales al señor agenciado, se tenga en cuenta la historia clínica del paciente adelantada por los galenos de COOMEVA EPS, Régimen Contributivo(...). La USPEC estima que en cuanto a ella la orden impartida en la sentencia de primera instancia no resulta ajustada a derecho en tanto no tiene competencia funcional para la prestación de servicios de salud. (...)De conformidad con lo anterior no prospera la impugnación presentada por la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC.

FUENTE FORMAL: DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 20 / DECRETO 2591 DE 1991 - ARTICULO 42 / LEY 1122 DE 2007 - ARTÍCULO 14 / DECRETO 1141 DE 2009 - ARTICULO 2 / DECRETO 2353 DE 2015 / DECRETO 780 DE 2016 / LEY 1709 DE 2014 / LEY 65 DE 1993 / DECRETO 2519 DE 2015 /DECRETO 806 DE 1998 / DECRETO 1703 DE 2002 / DECRETO 2777 DE 2010 -ARTICULO 1 / DECRETO 780 DE 2016

NOTA DE RELATORIA: Sobre el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad, ver: Corte Constitucional, sentencia T-266 de 8 de mayo de 2013, Corte Constitucional, sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa. Sobre la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario del país, consultar: Consejo de Estado, Sección Quinta, sentencia del 2 de junio de 2016, exp. 2016-00057-01, C.P. Alberto Yepes Barreiro. También, ver: Corte Constitucional, sentencia T-153 de 28 de abril de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz, sentencia T-388 de 28 de junio de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa, sentencia T-762 de 16 de diciembre de 2015, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado. Acerca de la continuidad en la prestación del servicio de salud, ver: Corte Constitucional, sentencia C-313 de 29 de mayo de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. Acerca de la competencia funcional para la prestación de servicios de salud de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, consultar: Consejo de Estado, sentencia del 28 de julio de 2016, exp. 2016-00217-01, M.P. María Elizabeth García González.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN PRIMERA

Consejero ponente: ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS

Bogotá, D.C., quince (15) de septiembre de dos mil dieciséis (2016)

Radicación número: 54001-23-33-000-2016-00192-01(AC)

Actor: DIANA MARCELA HERNANDEZ OVALLE COMO AGENTE OFICIOSA DE ERMIDES HERNANDEZ

Demandado: INSTITUTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO - INPEC, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, COOMEVA EPS, Y OTROS

I. ASUNTO.

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la señora **DIANA MARCELA HERNÁNDEZ**, agente oficiosa de su padre **ERMÍDES HERNÁNDEZ**, quien se encuentra privado de la libertad, y por la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC**, en contra de la sentencia proferida el 19 de mayo de 2016 por el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE NORTE DE SANTANDER**.

II. HECHOS.

De conformidad con lo expuesto en la demanda de tutela, los hechos que la fundamentan se contraen, en síntesis, a lo siguiente:

II.1. El 23 de febrero de 2011 el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** sufrió un infarto agudo de miocardio en el **CENTRO METROPOLITANO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE CÚCUTA** donde se encuentra privado de la libertad. Desde entonces ha requerido atención médica especializada, controles mensuales de promoción y prevención, y el suministro de diversos medicamentos indispensables para su salud y vida.

II.2. Durante el tiempo de reclusión ha sido atendido por **COOMEVA EPS**, entidad prestadora de salud a la que se encuentra afiliado en el régimen contributivo, como beneficiario de su hija **DIANA MARCELA HERNÁNDEZ OVALLE**.

II.3. Desde hace más de cinco (5) años el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** es trasladado a las respectivas citas para los controles médicos por cardiología,

medicina interna, nutrición, medicina general, entre otros. Sin embargo, el 11 de abril de 2016 tenía programada una cita de control por cardiología y no fue conducido por parte del **INPEC**. El día 21 de ese mismo mes y año debía acudir a una cita de control y prevención pero le fue cancelada por cuanto en el **FOSYGA** aparece retirado del servicio desde el 31 de marzo de 2016 por pertenecer a un régimen de excepción.

II.4. A la fecha, su salud y vida se encuentran en riesgo porque no se le han programado las citas de control con los especialistas de **COOMEVA EPS** que lo vienen tratando, ni ha logrado obtener del régimen de salud de las personas privadas de la libertad los diversos medicamentos recetados por los médicos de esa entidad prestadora de salud para la atención de su afección cardiaca.

II.5. En el **INPEC** solo le brindan dos de los nueve medicamentos prescritos por el cardiólogo de **COOMEVA EPS** y suministrados por la entidad.

II.6. El señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** ha sido cambiado arbitrariamente de un régimen contributivo que le estaba prestando la debida atención, para incorporarlo a uno especial que no le brinda las garantías mínimas.

III. LAS PRETENSIONES.

La agente oficiosa solicitó que:

“...se ordene a los entes mencionados **lo vinculen nuevamente al régimen contributivo** a fin de que se le garantice el derecho fundamental a la salud en conexidad con el derecho a la vida a Ermídes Hernández, **asegurando el tratamiento de la patología cardiaca que padece** mi señor padre, **lo que requiere que él continúe vinculado al régimen contributivo en la EPS COOMEVA en calidad de beneficiario de la suscrita**, con el único propósito de que continúe recibiendo el tratamiento, la medicina y los controles necesarios para garantizar su salud como los venía recibiendo desde el momento en que sufrió el infarto el pasado 23 de febrero de 2011.”
Negrillas fuera del texto.

IV. TRÁMITE DE LA TUTELA.

El despacho ponente de primera instancia admitió la acción de tutela y ordenó ponerla en conocimiento i) del **Ministro de Salud y Protección Social**; ii) del **Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC**; iii) de **Coomeva EPS**; y

iv) de la **Dirección del Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Cúcuta**. Posteriormente vinculó a la **Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC**, al **Consortio Fondo de Atención en Salud PPL 2015**, y a **CAPRECOM EPS en liquidación**. A todos les solicitó rendir informes.

V. ACTUACIONES DE LA AUTORIDAD DEMANDADA Y DE LAS PERSONAS VINCULADAS AL PROCESO.

V.1. El Ministerio de Salud y la Protección Social.

Por intermedio del Director Jurídico manifestó que según las normas que fijan su competencia en ningún caso es responsable directo de la prestación de servicios de salud.

Argumentó que la Ley 1709 de 2014 le atribuyó a dicho Ministerio y a la **Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC)**, la obligación de diseñar el modelo de salud para la población privada de la libertad, lo cual se concretó mediante el Decreto 2245 de 24 de noviembre de 2015 como una cuenta especial de la Nación, sin personería jurídica, con independencia patrimonial, contable y estadística, con recursos económicos manejados por una entidad fiduciaria estatal contratada por la **USPEC**.

Precisó que la **USPEC**, mediante proceso de selección abreviada número 58 de 2015 adjudicó el contrato número 59940-001-2015 suscrito entre el Patrimonio Autónomo PAP Consortio Fondo de Atención en Salud PPL y la Fiduciaria La Previsora S.A. como agente liquidador de **CAPRECOM en Liquidación**, cuya ejecución implica administrar y pagar con los recursos dispuestos por el fideicomitente (USPEC) en el fondo nacional de salud para las personas privadas de la libertad.

Por tal razón el Ministerio de Salud y Protección Social concluyó que carece de legitimación en la causa por pasiva.

V.2. La Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC.

Mediante memorial suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica puso de presente que la encargada de cumplir con las necesidades de salud de la

población privada de la libertad a cargo del **INPEC** era **CAPRECOM EPS** hasta el 31 de diciembre de 2015.

Resaltó que si bien se dispuso la liquidación de **CAPRECOM EPS** a partir de esa fecha, también se estableció que debía continuar con la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad hasta que tal labor fuera asumida efectivamente por ella, es decir por la **USPEC - Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios**.

Anotó que en el mes de diciembre de 2015 suscribió un contrato de fiducia mercantil con la **Fiduciaria La Previsora S.A.** para: i) la administración y realización de los pagos de los recursos dispuestos por el Fideicomitente en el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, y ii) la contratación de los prestadores del servicio de salud para la población privada de la libertad.

Acotó que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 1709 de 2015 suscribió el contrato de Fiducia Mercantil número 363 de 2015 con el **CONSORCIO PPL 2015**, para la administración de los dineros, la prestación del servicio de salud e igualmente para garantizar los pagos correspondientes a la prestación de dicho servicio a las personas privadas de la libertad.

De conformidad con lo expuesto concluyó que la asistencia en salud solicitada en la demanda de tutela corresponde prestarla directamente al **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**, conforme se acordó en el contrato de fiducia número 363 de 2015.

V.3. COOMEVA E.P.S.

A través del Director de la Oficina de la ciudad de Cúcuta dio cuenta que el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** se encontraba vinculado a la entidad en calidad de beneficiario padre de la cotizante y actualmente se reporta en estado de retirado por multifiliación con el régimen especial o de excepción, en razón a que no puede haber doble cobertura.

Destacó que a fin de solucionar la situación del accionante se hace necesario que la entidad del régimen especial o de excepción legalice el estado de retiro, procedimiento que no puede adelantar **COOMEVA** directamente.

Con fundamento en el artículo 14 del Decreto 1703 de 2002 recordó que las personas 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 utilizar simultáneamente los servicios del Régimen Exceptuado o Especial y del Sistema General como cotizantes o beneficiarios, frente a lo cual los servicios asistenciales le serán prestados exclusivamente, a través del régimen de excepción y las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud serán cubiertas por el FOSYGA en proporción al ingreso base de cotización sobre el cual se realizaron los respectivos aportes.

En virtud de lo anterior concluyó que hasta tanto el accionante se encuentre en el régimen especial de salud propio de las personas privadas de la libertad, **COOMEVA EPS** no será sujeto pasivo de la acción de tutela. Por ello solicitó la declaratoria de improcedencia del amparo deprecado por falta de legitimación.

V.4. CAPRECOM EICE EN LIQUIDACIÓN.

La apoderada especial de la entidad planteó la carencia absoluta de competencia para contratar el servicio de salud para la población privada de la libertad, la cual recae en el **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**, tal como lo dispone el Contrato de Prestación del Servicio de Salud número 59940-001-2015 y el otro sí número 1.

Aclaró que teniendo en cuenta lo dispuesto en la cláusula tercera del Contrato de Prestación de Servicios de 30 de diciembre de 2015, en la cual se estableció que el plazo de ejecución del mismo sería por el término de tres (3) meses a partir del primero (1º) de enero de 2016, en preciso señalar que dicho término culminó el treinta y uno (31) de marzo, fecha a partir de la cual no ostenta ninguna facultad para contratar la prestación del servicio de salud integral a la población privada de la libertad.

V.5. EL INPEC Y EL COMPLEJO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE CÚCUTA.

Mediante escrito recibido con posterioridad a la sentencia de primera instancia, solicitó su exclusión del presente trámite constitucional.

Arguyó que el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** se encuentra privado de la libertad en el Complejo Penitenciario y Carcelario Metropolitano de Cúcuta, y fue retirado del Régimen Contributivo de Seguridad Social en Salud dando cumplimiento a lo establecido en el Decreto 2245 de 2015 emanado del Ministerio de Justicia, por doble afiliación, en tanto por disposición del artículo 2.2, la población privada de la libertad deberá recibir los servicios médicos asistenciales que requieran mayor complejidad, como lo son las citas con especialistas, procedimientos quirúrgicos y demás que no sean de primer nivel, a través del **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015** y por la FIDUPREVISORA, como quedó plasmado en el contrato de fiducia mercantil N°. 363/2015 celebrado entre la USPEC y dicho consorcio.

V.6. EL CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015 guardó silencio.

VI.- EL FALLO IMPUGNADO.

Mediante sentencia proferida el 19 de mayo de 2016, el Tribunal Administrativo de Norte de Santander resolvió tutelar los derechos fundamentales a la salud y a la vida del señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ**.

Accedió al amparo de tales derechos por cuanto encontró acreditado que el señor **HERNÁNDEZ**: i) tiene 64 años de edad; ii) se encuentra privado de la libertad; iii) padece de hipertensión primaria, enfermedad coronaria y cardiopatía isquémica las cuales requieren de control por medicina especializada; iv) venía recibiendo tratamiento por parte de **COOMEVA EPS** dentro del régimen contributivo de salud en calidad de beneficiario de su hija hasta que fue retirado del mismo por estar afiliado a un régimen especial o exceptuado en el cual obligatoriamente debe permanecer.

Sin embargo, el Tribunal negó la pretensión de reingreso del señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** al Régimen Contributivo en Salud, en calidad de beneficiario de su

hija en **COOMEVA EPS**, por cuanto encontró que si bien el artículo 2º del Decreto 2777 de 2010 permitía a la población reclusa afiliada al régimen contributivo o a regímenes exceptuados conservar su afiliación, siempre y cuando continuara cumpliendo con el pago de sus cotizaciones, posteriormente la Ley 1709 de 2014 y el artículo 84 del Decreto 2353 de 2015 no avalaron tal posibilidad, al establecer que solo le está permitido recibir las prestaciones asistenciales por intermedio del régimen especial de salud de las personas privadas de la libertad que administra el INPEC, a través del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

En consecuencia de ello en la parte resolutive de la sentencia dispuso:

“SEGUNDO:... se **ORDENA** a la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC)** y al **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**, que dentro del marco de sus competencias y de manera coordinada, o a través de la persona jurídica que lo consideren pertinente, procedan en el tiempo improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas a garantizarle las prestaciones asistenciales sin dilación de ninguna clase que requiere el señor Ermídes Hernández, de conformidad con las órdenes médicas que ordene el médico tratante, y en relación con las patologías denominadas Hipertensión primaria, enfermedad coronaria y Cardiomiopatía isquémica que padece.

Asimismo, el Director de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y el Representante Legal del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, dentro de sus competencias deberán aportar prueba acerca del cumplimiento de la orden impartida, so pena de incurrir en desacato.

TERCERO: NEGAR la pretensión tendiente a que le señor Ermídes Hernández, perciba las prestaciones asistenciales, por intermedio del Régimen Contributivo de Salud en calidad de beneficiario, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.
(...).”

VII. LA IMPUGNACIÓN.

Tanto la señora **DIANA MARCELA HERNÁNDEZ OVALLE**, en calidad de agente oficiosa de su padre **ERMÍDES HERNÁNDEZ**, como la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC**, impugnaron la sentencia de primera instancia.

VII.1. DIANA MARCELA HERNÁNDEZ OVALLE.

Pidió hacer valer lo dispuesto en el párrafo 1º del artículo 2º del Decreto 2777 de 2010, según el cual:

“La población reclusa que se encuentre afiliada al régimen contributivo o a regímenes exceptuados conservará su afiliación siempre y cuando continúen cumpliendo con las condiciones de dicha afiliación, y, por lo tanto las EPS del régimen contributivo y las entidades aseguradoras en los regímenes exceptuados serán las responsables de la prestación de los servicios de salud y el pago de los mismos.” Negrillas no originales.

Insistió en que afilió a su padre al régimen contributivo desde el 1º de diciembre de 2005 y su reclusión se produjo el 4 de agosto de 2006. A partir del cotejo de dichas fechas expresó que antes de la privación de la libertad y durante el transcurso de la misma, su progenitor siempre ha sido atendido por **COOMEVA EPS**, razón por la cual el traslado al régimen especial de las personas privadas de la libertad resulta arbitrario, en tanto desatendiendo la garantía del derecho fundamental a la salud se ha interrumpido la continuidad del tratamiento especializado que venía recibiendo y el suministro de los medicamentos prescritos por sus médicos tratantes, omisiones que atentan contra su propia vida.

Resaltó que las citas de control, las medicinas, los exámenes en general y los copagos han sido asumidos por su familia, sin pasar por encima del sistema penitenciario pues siempre se coordina con ellos los traslados a la EPS.

VII.2. LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC.

Por intermedio del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica impugnó el fallo de primera instancia con el propósito de que se revoque lo dispuesto en el ordinal segundo de su parte resolutive.

Alegó que no tiene competencia funcional para la prestación del servicio de salud al accionante, tal como lo prevé el Decreto 4150 de 2011.

Expresó que el **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL y CAPRECOM EPS EN LIQUIDACIÓN** son las autoridades con competencia funcional para acatar la orden impartida.

VIII. CONSIDERACIONES DE LA SALA.

VIII.1. PROBLEMA JURÍDICO A DILUCIDAR.

En atención a la impugnación interpuesta por **DIANA MARCELA HENÁNDEZ OVALLE**, agente oficiosa de su padre **ERMÍDES HERNÁNDEZ**, y por **LA UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC**, corresponde a la Sala establecer:

-Si al señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** se le vulneran los derechos fundamentales a la vida y salud, al impedir la continuidad de la atención médica que venía recibiendo por parte de **COOMEVA EPS**, régimen contributivo, como beneficiario de su hija, por cuanto le resulta obligado permanecer vinculado al régimen especial de salud para las personas privadas de la libertad, en el que no está recibiendo la atención debida. Y,

-Si a la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC** le asiste responsabilidad en los hechos.

A fin de resolver tales interrogantes resulta pertinente determinar si se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela y, de ser así, previo pronunciamiento sobre: **i)** el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad y la relación de especial sujeción con el Estado; **ii)** el Modelo de Atención en Salud para la población privada de la libertad bajo la custodia del INPEC; **iii)** la multifiliación al régimen general de seguridad social en salud y al régimen exceptuado; y **iv)** la continuidad en la prestación del servicio de salud, **v)** decidir el caso concreto.

VIII.2. REQUISITOS GENERALES DE PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

La **legitimación por activa y pasiva** viene atendida por cuanto la demandante manifiesta que actúa como agente oficiosa de su padre de 64 años de edad, quien se encuentra cumpliendo una condena en un centro penitenciario y carcelario, con problemas de salud como consecuencia de un infarto de miocardio que le exigen cuidados médicos con los cuales no cuenta al ser retirado del servicio por

multiafiliación. Además la acción de tutela se dirige en contra de diversas autoridades públicas y una empresa particular prestadora del servicio público de seguridad social en salud, tal como lo autoriza el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

En cuanto a la **inmediatez** se observa que la cita médica en **COOMEVA EPS** a la cual el **INPEC** no condujo al recluso por haber sido retirado del servicio por multiafiliación, data del 11 de abril de 2016 y la acción de tutela se presentó el 4 de mayo de 2016, es decir dentro del mes siguiente, lapso de tiempo que se estima razonable en atención a la emergencia de salud que se plantea.

En cuanto a la **subsidiariedad** resulta pertinente efectuar las siguientes reflexiones.

De entrada podría estimarse que la accionante cuenta con la opción de acudir ante la Superintendencia Nacional de Salud para hacer valer sus reparos en relación con la multiafiliación alegada. Sin embargo, cabe precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007¹ a dicha entidad, en ejercicio de funciones jurisdiccionales, solo le compete el conocimiento de las quejas relacionadas con la multiafiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social, y en el caso bajo estudio obra documento del FOSYGA según el cual el titular de los derechos fundamentales se reporta como retirado del servicio de **COOMEVA EPS** por multiafiliación a régimen de excepción.

De otra parte, si bien podría considerarse que frente al retiro del sistema de seguridad social en salud efectuado por el Fosyga la parte accionante contaba con la opción de ejercer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, dicho medio ordinario carece de idoneidad en el caso concreto para desatar la discusión planteada, frente a la edad del titular de los derechos fundamentales, su estado de salud como

¹ Art. 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 los Usuarios del Sistema 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 multiafiliación dentro del **Sistema General de Seguridad Social en Salud**.

d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad **dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud**.

(...)." Negrillas no originales.

consecuencia de la enfermedad coronaria izquémica e hipertensiva que padece, y el hecho de encontrarse recluso en un establecimiento penitenciario y carcelario cumpliendo una condena, situación que propicia la afectación de sus derechos fundamentales.

VIII.3. El derecho a la salud de las personas privadas de la libertad y la relación de especial sujeción con el Estado.

En virtud de la relación de especial sujeción que tienen las personas privadas de la libertad con el Estado, este último puede exigir de ellas la suspensión y restricción de derechos fundamentales bajo criterios de razonabilidad, utilidad, necesidad y proporcionalidad².

Como consecuencia de la imposición de la pena pueden ser suspendidos los derechos a la libre locomoción o los derechos políticos, entre otros. A fin de garantizar la disciplina, la seguridad y la salubridad, pueden ser restringidos o limitados los derechos a la intimidad personal y familiar, a la unidad familiar, de reunión, de asociación, libre desarrollo de la personalidad, libertad de expresión, trabajo y educación. Con todo existen derechos cuya garantía deviene plena, tales como aquellos que se derivan directamente de la dignidad humana como la vida, la integridad personal, la salud, la igualdad, la libertad religiosa, la personalidad jurídica, el debido proceso, el acceso a la justicia y el derecho de petición, prerrogativas que deben ser respetadas y garantizadas por las autoridades penitenciarias y carcelarias a las personas privadas de la libertad.

En cuanto a la salud se ha establecido que el solo encierro puede tener impacto sobre ella; que se vulnera de manera significativa al no brindar a las personas privadas de la libertad el acceso a los servicios de salud requeridos; que existe una violación aún más básica y grave al privar a las personas del grado de salud y de bienestar con el cual entraron a prisión³. Igualmente se ha precisado que dicho derecho se impacta negativamente por las demoras excesivas en la atención, la ausencia de personal médico en los centros de reclusión, la ausencia de contratos o el represamiento de las solicitudes de procedimientos y autorización de

² Sentencia T-266 de 2013.

³ Sentencia T-388 de 2013.

medicamentos, entre otros⁴, lo cual ha llevado a la declaratoria de un estado inconstitucional de cosas del Sistema Penitenciario y Carcelario.

En suma, el derecho a la salud de las personas privadas de la libertad deber ser garantizado en condiciones de igualdad, porque realizan la vida y la dignidad humana y, además, por la relación de especial sujeción del interno con el Estado y la ausencia de justificación para su limitación dentro del marco general del derecho punitivo. Por tanto, la atención en salud para esa población debe ser adecuada, digna, oportuna y cumplir con las condiciones de infraestructura y personal médico necesarios para garantizar su goce efectivo.

Mediante sentencias T-153 de 1998, T-388 de 2013 y T-762 de 2015, la Corte Constitucional declaró y reiteró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario del país.

La Sección Quinta del Consejo de Estado, mediante fallo de 2 de junio de 2016 proferido dentro del expediente AC-201600057-01, también ha sostenido que los derechos constitucionales de las personas privadas de la libertad son violados de manera masiva y generalizada, en virtud de lo cual ha ordenado adoptar las medidas necesarias para superar las deficiencias y problemáticas evidenciadas en cada uno de los centros penitenciarios.

VIII.4. El modelo de atención en salud para la población privada de la libertad bajo la custodia del INPEC.

La Ley 1122 de 2007⁵, artículo 14, literal m, determinó la afiliación de las personas privadas de la libertad al Sistema General de Seguridad Social en Salud y le atribuyó al Gobierno Nacional la competencia para prestarle la atención adecuada.

Posteriormente mediante Decreto 1141 de 2009 se dispuso que esa vinculación se hiciera a través de una EPS del régimen subsidiado de naturaleza pública del orden nacional.

Si bien el artículo 2 del Decreto 1141 de 2009, modificado por el Decreto 2777 de 2010, dispuso el subsidio total de la salud de las personas privadas de la libertad

⁴ Sentencia T-762 de 2015.

⁵ Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones.

en sitios de reclusión bajo la dirección del INPEC, también **estableció que los reclusos afiliados tanto a regímenes contributivos como exceptuados o especiales conservarían su afiliación, a condición de que siguieran observando las condiciones previstas para la misma.** En virtud de ello las EPS del régimen contributivo y las entidades aseguradoras del régimen exceptuado o especial responderían por la prestación de los servicios previstos en el plan correspondiente y su pago. Advirtió, igualmente, que a fin de prestar los servicios de salud se debería coordinar con el INPEC la seguridad de los internos.

Sobre este preciso tópico, mediante el artículo 84 Decreto 2353 de 3 de diciembre de 2015, se dispuso posteriormente que las personas privadas de la libertad obligadas a cotizar al sistema general de seguridad social en salud deberán efectuar el pago de sus aportes y no tendrán acceso a las prestaciones asistenciales y económicas a cargo del sistema. Tal disposición fue reiterada por el Decreto 780 de 2016 mediante el cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

Por medio de la Ley 1709 de 2014⁶ se reformaron algunas disposiciones de la Ley 65 de 1993 o Código Penitenciario y Carcelario. Se estableció que dicha población tiene acceso a todos los servicios del Sistema General de Salud en los niveles de prevención, diagnóstico temprano, y de tratamiento de patologías físicas o mentales, para lo cual los centros de reclusión deben contar con unidades de atención primaria y de atención inicial de urgencias en salud penitenciaria y carcelaria.

De conformidad con la reforma, al Ministerio de Salud y Protección Social y a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC, les corresponde diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, para lo cual se creó el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

El 23 de diciembre de 2015 se suscribió un contrato de fiducia mercantil entre la USPEC y el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, integrado por la Fiduprevisora S.A. y Fiduagraria S.A., para administrar y pagar los recursos

⁶ Por medio de la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, de la Ley 599 de 2000, de la Ley 55 de 1985 y se dictan otras disposiciones.

dispuestos en el Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad.

Mediante el Decreto 2519 de 28 de diciembre de 2015 se suprimió a CAPRECOM y se ordenó su liquidación mediante proceso que adelanta la Fiduciaria La Previsora. En dicho decreto se prohibió a CAPRECOM iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social, aunque se habilitó para realizar actos, operaciones y contratos necesarios a fin de efectuar su liquidación y adelantar acciones para la prestación oportuna del servicios de salud a sus afiliados hasta que se produzca su traslado a otra Entidad Promotora de Salud. También se dispuso que deberá continuar con la prestación de los servicios de salud a la población reclusa del INPEC, con cargo a los recursos del Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad, hasta que tal actividad se asumida por la USPEC.

El 1° de febrero de 2016, mediante la suscripción de un otrosí al contrato de fiducia mercantil se determinó que a partir de esa fecha: i) Caprecom en liquidación no tendrá la facultad de celebrar nuevos contratos para la prestación integral de servicios de salud a partir del 31 de mayo de 2016; ii) las obligaciones de Caprecom en liquidación quedan restringidas a ejecutar los contratos que se hubieran celebrado a la fecha de suscripción del otro sí; y iii) cuando el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015 pretenda celebrar un contrato para el mismo servicio y cobertura de aquellos que Caprecom tiene vigente, lo informará a la entidad para que sea esta la que realice los actos de terminación y liquidación.

VIII.5. La multifiliación al régimen general de seguridad social en salud y al régimen especial o exceptuado.

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 48 del Decreto 806 de 1998⁷ está prohibida la **multifiliación en el régimen contributivo y en el subsidiado, así como la afiliación a más de una entidad promotora de salud.**

El Decreto 1703 de 2002, en su artículo 14, modificado por el artículo 1° del Decreto 57 de 2015, determina que **no se puede utilizar simultáneamente los**

⁷ Por medio del 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”.

servicios del régimen de excepción y del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien sea que se trate de cotizante o de beneficiario.

A su turno, el Decreto 2353 de 2015 prevé que **ninguna persona puede estar afiliada simultáneamente en los diferentes regímenes de seguridad social en salud**, al punto de relacionar como causal de terminación de la inscripción a una EPS, el cumplimiento de los requisitos para pertenecer a un régimen exceptuado o especial. Además, la misma normativa fija la forma en que debe hacerse la restitución de los recursos, con ocasión de la multifiliación.

En atención a ello, la jurisprudencia constitucional expone, en síntesis, que:

“...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 cobertura de los servicios y la desviación de esos recursos”⁸

Vale destacar que en cuanto al acceso a la salud de la población reclusa el artículo 66 de la Ley 1709 de 2014, mediante la cual se reforman algunos artículos de la Ley 65 de 1993, dispone que *“El Ministerio de Salud y Protección Social y la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (Uspec) deberán diseñar un modelo de atención en salud especial, integral, diferenciado y con perspectiva de género para la población privada de la libertad, incluida la que se encuentra en prisión domiciliaria, financiado con recursos del Presupuesto General de la Nación..”*. Además fija las pautas a observar para la prestación de dicho servicio.

Así mismo, el Decreto 2245 de 24 de noviembre de 2015, por el cual se adiciona un capítulo al Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho en lo relacionado con la prestación de los servicios de salud a las personas privadas de la libertad bajo la custodia y vigilancia del INPEC, dispone en el párrafo del artículo 2.2.1.11.1.1 lo siguiente:

“La población privada de la libertad y los menores de tres (3) años que convivan con sus madres en los establecimientos de reclusión, deberán

⁸ T-296 de 2016.

recibir **obligatoriamente** los servicios asistenciales a través del esquema de prestación de servicios de salud definidos en el presente capítulo y conforme al Modelo de Atención General de Seguridad Social en Salud que se adopte. **Este esquema prevalecerá sobre la afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud o a los regímenes exceptuados o especiales**, sin perjuicio de la obligación de cotizar definida por la ley, según su condición. Las cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Salud que realice una persona privada de la libertad servirán para garantizar la cobertura del sistema a su grupo familiar en los términos definidos por la ley y sus reglamentos.” Negrillas y subrayas no originales.

Lo anterior permite entender que el sistema de salud de las personas privadas de la libertad es obligatorio y prevalente sobre el sistema general de seguridad social y los regímenes exceptuados o especiales.

VIII.6. La continuidad en la prestación del servicio de salud.

De conformidad con lo dispuesto en la Sentencia C-313 de 2014 de la Corte Constitucional, en virtud del principio de continuidad en el servicio de salud, inherente al derecho fundamental a la salud, toda persona tiene la garantía de que **el tratamiento médico iniciado no le será suspendido**, al menos por razones puramente administrativas o presupuestales.

“El principio de continuidad de los servicios 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 del servicios de salud de seguir prestando los servicios hasta la culminación del tratamiento.”⁹ Negrillas no originales.

Pese a ello la Corte Constitucional también ha dispuesto en su jurisprudencia que la continuidad en la prestación del servicio de salud, se puede interrumpir para controlar la afiliación de los usuarios en el sistema de salud, previa garantía del debido proceso del paciente y **siempre y cuando se compruebe que el servicio médico requerido ha sido asumido de manera integral y efectiva por otra entidad, o que el paciente superó su enfermedad.**

Además, ha enfatizado en que las decisiones de suspensión de servicios de salud o de desafiliación de los mismos **no pueden adoptarse de manera unilateral**

⁹ T-899 de 2014.

sino con arreglo al debido proceso lo que de suyo implica el ejercicio del derecho de defensa. Concretamente lo ha expresado así:

“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 la 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 lo 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.”¹⁰ Negrillas y subrayas no originales.

También ha reiterado que la multifiliación obedece a un problema de índole administrativa que no debe interferir en la continuidad de la prestación del servicio de salud ni mucho menos del tratamiento prescrito al paciente¹¹.

En atención a ello, al resolver una acción de tutela en la cual se planteó la existencia de multifiliación, dispuso:

“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.
(...)”.

IX. EL CASO CONCRETO.

-La eventual vulneración de los derechos fundamentales del señor ERMÍDES HERNÁNDEZ.

¹⁰ T-067 de 2015.

¹¹ Entre otras ver sentencias T-760 de 2008 y T-886 de 2008.

En lo que atañe a la situación particular del señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** viene establecido que: **i)** cuenta con 64 años de edad; **ii)** se encuentra cumpliendo una condena en el Complejo Penitenciario y Carcelario de Cúcuta - Norte de Santander; **iii)** registra afiliación al Sistema de Seguridad Social en Salud en **COOMEVA EPS, Régimen Contributivo** como beneficiario de su hija **DIANA MARCELA HERNÁNDEZ OVALLE** desde el año 2005; y **iv)** fue retirado de dicho régimen el 31 de marzo de 2016 por encontrarse vinculado a un régimen exceptuado de salud debido a su reclusión carcelaria.

DIANA MARCELA HERNÁNDEZ OVALLE, actuando como agente oficiosa de su padre, pretende por vía de tutela que nuevamente se vincule a su progenitor a **COOMEVA EPS, Régimen Contributivo**, para que continúe con el tratamiento iniciado, reciba los medicamentos prescritos y los controles necesarios para garantizar su salud, tal como venía ocurriendo desde el 23 de febrero de 2011, momento en que sufrió un infarto de miocardio.

Ante la negación de dichas pretensiones por parte del *a-quo*, la agente oficiosa por vía de impugnación insiste en que su padre vuelva a ser vinculado a **COOMEVA EPS**, en calidad de beneficiario, con miras a obtener las prestaciones asistenciales que requiere. Para ello solicita que se le aplique el artículo 1º, parágrafo 1º, del Decreto 2777 de 2010, y no el artículo 84 del Decreto 2353 de 2015 en que se fundamenta la decisión negativa de primera instancia.

El Decreto 2777 de 2010 de 3 de agosto de 2010¹², artículo 1º, parágrafo 1º, dispone:

“La población reclusa que se encuentre afiliada al Régimen Contributivo o a regímenes exceptuados conservará su afiliación, siempre y cuando continúe cumpliendo con las condiciones de dicha afiliación y, por lo tanto, las EPS del Régimen Contributivo y las entidades aseguradoras en los regímenes exceptuados serán los responsables de la prestación de los servicios de salud y el pago de los mismos, en función del plan de beneficios correspondiente.

Para la prestación de los servicios de salud se deberá coordinar con el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC lo relacionado con la seguridad de los internos. (...).” Negrillas y subrayas no originales.

¹² Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 1141 de 2009 que reglamenta la afiliación de la población reclusa al Sistema General de Seguridad Social en Salud.

Dicha norma fue derogada por el Decreto 2353 de 2015¹³ que en su artículo 84 prevé:

“Servicios de salud de la población privada de la libertad a cargo del INPEC.

(...).

Las **personas privadas de la libertad** que, de acuerdo con la normativa vigente, estén obligadas a cotizar al sistema general de seguridad social en salud **deberán efectuar el pago de sus aportes y no tendrán acceso a las prestaciones asistenciales y económicas a cargo del sistema**. Los servicios de salud del núcleo familiar, si lo hubiere, le serán prestados a través de la EPS en la cual se realicen las cotizaciones. La EPS solo recibirá la unidad de pago por capitación (UPC) por lo integrantes del núcleo familiar. Lo anterior sin perjuicio de que puedan suscribir o renovar un plan voluntario de salud.

El Fondo Nacional de Salud de las Personas Privadas de la Libertad tendrá la obligación de reportar al sistema de afiliación transaccional la información de la población privada de la libertad a su cargo.” Negrillas y subraya no originales.

Con posterioridad, el Decreto 780 de 2016¹⁴ en el numeral 2.1.10.3.1 reiteró la normativa antes transcrita, referente a la prestación de los servicios de salud de la población privada de la libertad a cargo del INPEC.

De lo expuesto se tiene que si bien el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** viene afiliado al Sistema General de Seguridad Social Régimen Contributivo desde el 1º de diciembre del año 2005, época durante la cual lo cobijó la vigencia del artículo 1º, parágrafo 1º, del Decreto 2777 de 2010, la normativa dictada con posterioridad, que regula la prestación de los servicios de salud de las personas privadas de la libertad a cargo del INPEC, dispone que dichas personas deberán efectuar el pago de sus aportes pero no tendrán acceso a las prestaciones asistenciales a cargo del sistema.

Por tanto, tal como lo entendió el a-quo, no hay lugar a acceder a la pretensión de la agente oficiosa para que la salud de su padre siga siendo atendida por **COOMEVA EPS**, Régimen Contributivo, al venir adscrito a un régimen de salud exceptuado o especial como lo es el que cobija a las personas privadas de la libertad.

¹³ 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.

¹⁴ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social.

Sin embargo la permanencia transitoria del señor ERMÍDES HERNÁNDEZ en **COOMEVA EPS**, Régimen Contributivo, solo podría ordenarse si el retiro de la empresa prestadora de salud efectuado por el FOSYGA interrumpe algún tratamiento médico que se le esté dispensando, en tanto tal proceder resulta lesivo del principio de continuidad del servicio de seguridad social en salud, eventos en los cuales la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha ordenado la permanencia en el régimen general de salud, por encima del especial o exceptuado, hasta tanto concluya el tratamiento o se garantice por este último régimen su prestación adecuada en términos de calidad y oportunidad.

En la demanda de amparo y en el escrito de impugnación del fallo de primera instancia, la agente oficiosa manifiesta que después de la cita del 11 de abril de 2016, a la cual su padre no pudo asistir por haber sido retirado de **COOMEVA EPS** Régimen Contributivo, éste no ha recibido ningún medicamento esencial, solo se le han prescrito dos de los nueve medicamentos que le venían recetando los galenos del régimen contributivo, tampoco le han programado citas de control periódicas con especialistas ni mucho menos con un médico general que lo ayude en su patología cardiaca.

Al respecto, en el expediente obran los siguientes elementos de juicio:

-Escrito de fecha 1 de marzo de 2011, mediante el cual los cardiólogos hemodinamistas Intervencionistas del Instituto del Corazón de la ciudad de Bucaramanga le informan al Departamento Médico de Coomeva EPS que se le practicó al señor Hernández una arteriografía coronaria, previa hospitalización en UCI por síndrome coronario agudo, y un ecocardiograma, mediante la cual se detectó *“enfermedad coronaria multivaso con oclusión completa de la descendente anterior y lesión crítica en primera diagonal”*, en virtud de lo cual se recomendó la práctica de *“Angioplastia Coronaria con Stent a la descendente anterior y primera diagonal”*.¹⁵

-Consulta, diagnóstico y valoración llevada a cabo por Servicios Especializados del Corazón el 19 de octubre de 2015, en la cual se le corroboró enfermedad coronaria severa, con infarto antiguo anterior, cardiopatía isquémica, presíncope en estudio y sobrepeso¹⁶.

¹⁵ Folios 5 y 6.

¹⁶ Folio 7.

-Plan médico de 19 de octubre de 2015 en el que se prevé la práctica de holter de arritmias y EKG, test de esfuerzos, y exámenes varios de laboratorio¹⁷.

-Prescripción médica de 19 de octubre de 2015, correspondiente al diagnóstico de hipertensión primaria y enfermedad coronaria. Se le recetan por médico de COOMEVA EPS los siguientes medicamentos: Losartan 50 mg, ASA 100 mg, Hidroclorotiazida 25 mg, Metoprolol tabletas 50 mg, Dinitrato de Isosorbide 10 mg, Lovastatina 20 mg, Clopidogrel 75 mg, y Omeprazol 20 mg.¹⁸

-Consulta y prescripción médica efectuada el 11 de noviembre de 2015 en el Centro de Servicios Especiales del Corazón en la que se diagnosticó hipertensión primaria, se ordenó la práctica de un electrocardiograma y se fijó nueva consulta de control y valoración en tres (3) meses.¹⁹

-Cita médica para consulta especializada de control o seguimiento por cardiología autorizada el 9 de marzo de 2016 y fijada para el 11 de abril de ese mismo año a las 10:00 a.m.²⁰

El acervo probatorio relacionado permite entender que el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** venía recibiendo de **COOMEVA EPS**, Régimen Contributivo, citas médicas, prescripción de diversos exámenes de laboratorio y medicamentos, propios de las actividades de seguimiento y control de las patologías que padece, lo que permite entender que en modo alguno viene sometido a un tratamiento médico que la entidad prestadora no debe interrumpir porque de hacerlo se pondría en riesgo su vida.

Por tanto, tal como lo expresó el a-quo, no hay lugar a que el señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ** reciba las prestaciones asistenciales por intermedio del Régimen Contributivo de Salud en calidad de beneficiario de su hija, cuando se encuentra afiliado al régimen de seguridad social en salud exceptuado o especial, de aplicación obligatoria, que presta el sistema carcelario por encontrarse privado de la libertad.

¹⁷ Folio 7 vuelta.

¹⁸ Folio 8.

¹⁹ Folio 9.

²⁰ Folio 4. Esta es la cita que no llevó a cabo por el retiro de COOMEVA EPS.

Pese a lo anterior, no puede desconocerse que, según lo expresado por la agente oficiosa, el señor ERMIDES HERNÁNDEZ no ha recibido una atención médica adecuada por parte del sistema de salud propio del régimen carcelario y penitenciario en relación con la hipertensión primaria, la enfermedad coronaria y la cardiopatía isquémica que padece, situación que no fue desvirtuada por la parte demandada, frente a lo cual el a-quo, con fundamento en la aplicación de la presunción de veracidad prevista en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, dispuso el amparo de los derechos fundamentales a la salud y vida del paciente.

En consecuencia de ello ordenó a la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC)** y al **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**, que

“dentro del marco de sus competencias y de manera coordinada, o a través de la persona jurídica que lo consideren pertinente, procedan en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas a garantizarle las prestaciones asistenciales sin dilación de ninguna clase que requiere el señor Ermides Hernández, de conformidad con las ordenes médicas que ordene el médico tratante, y en relación con las patologías denominadas Hipertensión primaria, enfermedad coronaria y Cardiomiopatía Isquémica que padece.

Asímismo, el Director de la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios (USPEC) y el Representante Legal del Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015, dentro de sus competencias deberán aportar prueba acerca del cumplimiento de la orden impartida, so pena de incurrir en desacato.”

Sin embargo, la Sala considera pertinente adicionar la orden impartida para que en el cumplimiento de la orden de garantizarle las prestaciones asistenciales al señor ERMÍDES HERNÁNDEZ, se tenga en cuenta la historia clínica del paciente adelantada por los galenos de **COOMEVA EPS**, Régimen Contributivo.

-La inconformidad de la UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS - USPEC.

La **USPEC** estima que en cuanto a ella la orden impartida en la sentencia de primera instancia no resulta ajustada a derecho en tanto no tiene competencia funcional para la prestación de servicios de salud.

Ya la Sala se ha pronunciado en relación con este reparo advirtiéndole que si le asiste tal competencia. Lo hizo en la sentencia proferida el 28 de julio de 2016 dentro del expediente AC-2016-00217-01²¹, de la siguiente manera:

*“Es absolutamente evidente que la entidad recurrente, esto es, **la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC**, sí está legitimada en la causa por pasiva en la presente acción de tutela, ya que **a pesar de que no le corresponde la prestación directa de la atención médica de las personas privadas de la libertad, sí tiene la obligación, como uno de los organismos gestores del Sistema Nacional Penitenciario, de garantizar que el servicio de salud efectivamente le llegue a dicha población.***

En efecto, uno de los objetivos primordiales de la referida entidad es la gestión y operación de la prestación de los servicios necesarios para el debido funcionamiento de los diferentes establecimientos penitenciarios y carcelarios del País, entre ellos, por supuesto, la atención médica que requieran los reclusos, servicio absolutamente vital para garantizar el respeto por el derecho a la vida y la dignidad humana de aquellos.

*Aunado a lo anterior, **la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios – USPEC**, como contratante de la entidad fiduciaria que maneja los recursos del Fondo Nacional de Salud de la Personas Privadas de la Libertad, con los cuales se solventan económicamente los servicios médicos de la población carcelaria, **debe vigilar, controlar, y en general, velar por el efectivo cumplimiento de las misiones encomendadas al contratista.***

*Para la Sala, el hecho de que la recurrente haya suscrito un **contrato de fiducia con el Consorcio Fondo de Atención en Salud PPL 2015**, para que administrara los recursos y contratara a los prestadores de salud que atenderían las necesidades médicas de los reclusos, **no la exime de sus responsabilidades frente al Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario**, pues como ya se explicó, en últimas, **es la encargada de garantizar que el servicio le llegue a dicha población, independientemente de los contratos que haya suscrito para el debido cumplimiento de ese objetivo.**” (Resaltado fuera del texto original).*

En igual sentido, se pronunció la Sección Quinta de esta Corporación, en el fallo de 2 de junio de 2016, anteriormente mencionado²², del cual vale la pena destacar que tampoco acogió la posición de la **USPEC** de ser eximida de responsabilidad en los hechos que comprometen el derecho a la salud de la población privada de la libertad, por cuanto le

²¹ Consejera Ponente, Dra. María Elizabeth García González.

²² *Ut supra*, página 26

concierte, al igual que a las demás entidades que conforman el Sistema Nacional Penitenciario y Carcelario, intervenir, participar, colaborar y vigilar el cumplimiento de las medidas necesarias para garantizar dicho derecho, en el marco de las obligaciones derivadas del estado de cosas inconstitucional en el Sistema Penitenciario y Carcelario.

Se destaca también el fallo de 21 de agosto de 2014 de la Sección Cuarta del Consejo de Estado²³, en el que se delimitaron claramente las competencias del **INPEC** y la **USPEC**, respecto de la prestación del servicio de salud de la población privada de la libertad y se enfatizó en que a pesar de la intervención de un tercero en dicha prestación (CAPRECOM E.P.S. y **posteriormente CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**), son aquellas entidades las que legalmente deben *“supervisar la prestación de los servicios de salud a la población privada de la libertad”* y *“asegurar la prestación del servicio de salud a la población reclusa”*. En tal sentido, el fallo indicó:

*“De conformidad con este reparto de competencias, es claro que la afectación del derecho a la salud de los internos obedece a la ineficaz e ineficiente coordinación de las funciones asignadas a la **USPEC** y al **INPEC** y la inadecuada prestación del servicio de salud por parte de CAPRECOM E.P.S. Si bien a esta última le corresponde la debida prestación del servicio de salud a los internos del Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Nueva Esperanza y, en principio pudiera considerarse que debiera ser la única condenada, esto supondría **desconocer que a la USPEC le compete determinar ‘la Entidad o las Entidades Promotoras de Salud (EPS) a las que se afiliará la población’ de que trata el Decreto 2496 de 2012 y, además, desconocer el inadecuado ejercicio de las facultades de policía administrativa que la normativa le atribuye al **INPEC.**”***²⁴.(Resaltado fuera del texto original).

De conformidad con lo anterior no prospera la impugnación presentada por la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS – USPEC.**

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

²³ Expediente núm. 2014-00791-01, Consejero ponente: doctor Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

²⁴ Otras providencias de la Corporación que ilustran sobre el asunto debatido son:

- Expediente núm.2012-00408-01, Consejera ponente: María Elizabeth García González, providencia de 28 de febrero de 2013: ordena al Director del INPEC suministrar servicios de salud, con fundamento en las obligaciones a cargo de la Subdirección de Atención en Salud y la USPEC.

- Expediente núm. 2014-00123-01, Consejero ponente: doctora Martha Teresa Briceño de Valencia, providencia de 23 de octubre de 2014: Ordena a la Unidad de Servicios Penitenciarios y Carcelarios, a la Dirección General del INPEC que, de manera mancomunada, desplieguen las actuaciones necesarias para efectuar el traslado de los internos a las penitenciarías y cárceles del país que estén en condiciones de acogerlos, en atención a las condiciones de dignidad humana que se refirieron en la presente providencia.

FALLA

PRIMERO: CONFIRMAR el ordinal primero de la parte resolutive del fallo impugnado en cuanto dispone el amparo de los derechos fundamentales a la vida y salud del señor **ERMÍDES HERNÁNDEZ**.

SEGUNDO: ADICIONAR el ordinal segundo de la parte resolutive del fallo impugnado, el cual quedará así:

“**SEGUNDO:** Como consecuencia, se **ORDENA** a la **UNIDAD DE SERVICIOS PENITENCIARIOS Y CARCELARIOS (USPEC)** y al **CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL 2015**, que dentro del marco de sus competencias y de manera coordinada, o a través de la persona jurídica que lo consideren pertinente, procedan en el término improrrogable de cuarenta y ocho (48) horas a garantizarle las prestaciones asistenciales sin dilación ninguna clase que requiere el señor Ermídes Hernández, de conformidad con las órdenes médicas que ordene el médico tratante, y en relación con las patologías denominadas hipertensión primaria, enfermedad coronaria y cardiomiopatía isquémica que padece, valorando igualmente para dicha labor la historia clínica del paciente, adelantada por los galenos de **COOMEVA EPS**, la cual deberán solicitar inmediatamente a la notificación de este fallo.”

TERCERO: CONFIRMAR en los demás aspectos lo dispuesto en la parte resolutive del fallo impugnado.

CUARTO: 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.

QUINTO: 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, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE,

Se deja constancia que la anterior providencia fue leída, discutida y aprobada por la Sala en la sesión de la fecha.

ROBERTO AUGUSTO SERRATO VALDÉS
Presidente

MARÍA ELIZABETH GARCÍA GONZÁLEZ

MARÍA CLAUDIA ROJAS LASSO
Ausente en Comisión

GUILLERMO VARGAS AYALA