



PROCESO: TUTELA PRIMERA INSTANCIA

RADICACIÓN: 08001-31-03-003-2020-0044-00

ACCIONANTE: JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ

ACCIONADO: SANIDAD MILITAR FUERZAS MILITARES Y EPS SALUDCOOP

DERECHO: SALUD

Barranquilla, nueve (9) de septiembre de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este despacho pronunciarse sobre la acción constitucional instaurada por el señor JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, actuando en nombre, en contra de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJERCITO NACIONAL Y EPS COOSALUD al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la, a la VIDA y DIGNIDAD HUMANA.

II. ANTECEDENTES

En el escrito de la tutela, la accionada, narra los siguientes hechos que se sintetizan así:

1. Adujo que prestó servicio militar en el Ejército Nacional de Colombia en el Batallón de Apoyo y Servicio para el Combate N°2 “cacique Alonso Xequé”. Adscrito en Sanidad Militar en el Batallón de ingenieros N° 2 GR Francisco Javier Vergara y Velasco, el cual culminó el día 30 de Julio del presente año.
2. Dos semanas después de haber terminado mi servicio militar presentó problemas de salud que requerían de una vital atención médica.
3. Acudió a las instalaciones de la IPS Camino Murillo de Barranquilla el día 8 de agosto del presente año, le comunicaron que no puedo ser atendido como afiliado al Régimen Subsidiado por encontrarse retirado de la EPS COOSALUD y por ende tenía que cancelar la atención médica para poder ser atendido.
4. Acudió a la EPS COOSALUD, donde se encontraba afiliado antes de ingresar al servicio militar para solicitar las autorizaciones de los exámenes médicos prescritos pero le comunicaron que fue retirado del sistema por encontrarse activo en régimen especial de las Fuerzas Militares.
5. Acudió a las instalaciones del Batallón de Malambo GR Francisco Vergara y Velasco, al llegar a esa unidad le comunicaron que no puede ser atendido por encontrarse en el sistema de sanidad militar como provisional y debía esperar hasta tres meses que las fuerzas militares actualizaran la información del sistema.
6. Informó que padece quebrantos de salud y requiere con urgencias la atención médica.
7. Le recomendaron que se dirigiera a las instalaciones de Sanidad Naval. El día 9 de agosto del presente año, en esa institución le informaron que el encargado de dichos trámites se encontraba aislado por problemas de Covid y la comunicación era a través de los correos electrónicos.
8. El 10 de agosto del presente año, radicó la solicitud sin tener respuesta alguna de Dirección de Sanidad Militar con relación a su estado activo en el régimen especial de salud, situación que lo ha afectado, toda vez que ha transcurrido 15 días y no ha podido ser atendido y cada día se complica su estado de salud, ya que el diagnóstico

que emitió el médico es el virus del papiloma humano y tiene afectado el ano sin aun tener atención o estudios y tratamiento alguno ya que no cuenta con ningún sistema de salud.

9. No ha obtenido solución alguna de las Fuerzas Militares y de COOSALUD.

10. Esperar tres meses a que sanidad militar me pueda dar la oportunidad de acceder a los servicios de salud viola su derecho fundamental a tener una atención médica oportuna y tratar la enfermedad de manera rápida.

III. PRETENSIONES

Basándose en los fundamentos fácticos expuestos, el accionante pretende que se le amparen los derechos incoados, en consecuencia de ello se ordene el retiro total del sistema de salud del Régimen especial de las Fuerzas Militares, para acceder a los servicios de la EPS COOSALUD, y así tratar su condición de salud oportunamente, se emita al ciudadano y a la EPS COOSALUD certificado de retiro para que ellos procedan a reintegrarme al sistema, solicitar a COOSALUD el ingreso como afiliado del Régimen subsidiado

IV. PRUEBAS

La parte actora en su escrito tutelar relaciona como anexos los siguientes:

- Misiva dirigida a COOSALUD EPS.
- Formatos de atención y prescripciones médicas en el Camino Murillo.

V. TRÁMITE PROCESAL

La presente acción de tutela fue admitida el día 26 de agosto de 2020, ordenándose notificar a la entidad accionada.

La entidad EPS COOSALUD respondió el requerimiento judicial e informó que el señor JESÚS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, a la fecha se encuentra en estado "RETIRADO" de COOSALUD EPS.

El accionante, el día 10 de agosto del año en curso presentó ante esa entidad solicitud consistente en la "afiliación al Régimen Subsidiado teniendo en cuenta que fue retirado el 31 de enero de 2019".

COOSALUD EPS el día 27 de agosto le dio respuesta a la petición incoada informando que "no es posible acceder a su solicitud, toda vez que no cumple con los requisitos para realizar la afiliación debido a que aparece activo en el régimen de excepción en las Fuerzas militares, tal como consta en certificado de Adres adjunto".

Además se le comunicó que "En caso de que ya no haga parte de las fuerzas militares, deberá dirigirse a esta Entidad y solicitar que se realice el reporte del retiro ante la ADRES para que le sea permitido afiliarse al régimen subsidiado en salud".

Es por ello que no ha sido posible la afiliación del accionante a la EPS COOSALUD en el Régimen Subsidiado hasta tanto las Fuerzas Militares no reporten la novedad de Retiro ante ADRES.

Una vez sea realice esta novedad y se actualice la información en ADRES, el accionante podrá afiliarse a la entidad.

VI. PROBLEMA JURÍDICO

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, corresponde a esta agencia judicial determinar:

¿La accionada LA DIRECCION DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL ha vulnerado los derechos fundamentales a la SALUD y la DIGNIDAD HUMANA, del señor JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, al no registrar la desafiliación del Régimen Especial de Salud de la Fuerzas Militares?

¿Existe vulneración del derecho petición y salud imputable a COOSALUD EPS ante la negativa de afiliación al Régimen Subsidiado por registrar el ciudadano como activo en un régimen especial?

VII. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 23 y 86 de la Constitución Política y los Decretos 2591 de 1.991 y 1382 del 2.000, este despacho es competente para conocer de la presente acción de tutela.

VIII. MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

El marco constitucional está conformado por los artículos 11, 13, 48, 86 de la Carta Política, Decreto 2591 de 1991, Ley 100 de 1993, Decreto 019 de 2012, Decreto 2463 de 2001; sentencias T-089- 2018, T- 258-2019 entre otras.

IX. CONSIDERACIONES

La acción de tutela es un mecanismo concebido por la Constitución de 1991 para la protección inmediata de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando estos resultaren amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública o de un particular, con las características previstas en el inciso final del artículo 86 de la Constitución Política la cual constituye una garantía y un mecanismo constitucional de protección, directa, inmediata y efectiva, de los derechos fundamentales.

Para la procedencia de este mecanismo tutelar, es necesario que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para hacer valer sus derechos, salvo que se ejerza como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela procede a título subsidiario cuando la protección judicial del derecho fundamental no puede plantearse, de manera idónea y eficaz, a través, de un

medio judicial ordinario y, en este sentido los medios judiciales ordinarios tienen preferencia sobre la acción de tutela. No obstante, la acción de tutela procede como mecanismo transitorio, así exista un medio judicial ordinario, cuando ello sea necesario para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios, será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia atendiendo las circunstancias en que se encuentra la solicitante.

En la sentencia T- 089 2018, la Corte Constitucional esbozó respecto del Derecho a la salud, lo siguiente:

“En el artículo 49 de la Constitución se encuentra consagrada la obligación que recae sobre el Estado de garantizar a todas las personas el acceso a la salud, así como de organizar, dirigir, reglamentar y establecer los medios para asegurar a todas las personas su protección y recuperación. De ahí su doble connotación: por un lado, se constituye en un derecho fundamental del cual son titulares todas las personas y por otro, un servicio público de carácter esencial cuya prestación se encuentra en cabeza del Estado.

Así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su artículo 12, estableció que “todo ser humano tiene el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente”¹ y, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en la Observación General n.º 14 del 2000 advirtió que “la salud es derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos.” Lo que permite entender el derecho a la salud como “el disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”^{2 3}.

En desarrollo de esos mandatos superiores, se expidió la Ley 100 de 1993 que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, al cual se le asignaron como características la distribución y funcionamiento desde una perspectiva de cobertura universal, entre otras.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional en sentencia T- 760 de 2008, estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo⁴ “en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.” Asimismo, la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁵, en su artículo 2º, reconoció el carácter fundamental autónomo e irrenunciable de la salud, así como el deber por parte del Estado de garantizar su prestación de manera oportuna, eficaz y con calidad.

Asimismo se ha dilucidado el alcance de los principios de cobertura universal que se materializa en la Ley 100 de 1993, donde se advierten los primeros esfuerzos por lograr estos cometidos, comoquiera que la creación de dos sistemas de aseguramiento, contributivo y subsidiado, responden a la idea de ofrecer mecanismos de acceso al servicio de salud, pues no solo se diseñó un régimen para aquellos con capacidad económica que con sus aportes concurren a la sostenibilidad del Sistema General de

¹ PIDESC 1966.

² Observación general nº14.

³ Estos fundamentos normativos también fueron citados en la sentencia C-313 de 2014, por ejemplo.

⁴ Desde sentencia T-016 de 2007 se estableció el derecho a la salud como fundamental y autónomo.

⁵ Promulgada el 16 de febrero de 2015: “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”

Seguridad Social –régimen contributivo-, sino para aquellos que por ausencia de recursos no pueden contribuir al mismo–régimen subsidiado-⁶. }

El Principio de la libre escogencia responde a la garantía de los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud que consiste en elegir la entidad que les brindará dichos servicios de salud; esta directriz fue tratada inicialmente en el artículo 153 de la Ley 100 de 1993⁷ y el artículo 45 del Decreto 806 de 1998. Posteriormente, el artículo 3.12 de la Ley 1438 de 2011⁸ desarrolló este principio de la siguiente manera:

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

En la actualidad, el capítulo 7 del Decreto Único Reglamentario -780 de 2016- establece⁹ el propósito de este principio y prevé, por supuesto, las circunstancias excepcionales en las cuales el mismo podría encontrar limitaciones¹⁰.

De otro lado, el artículo 6 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el Decreto 2553 de 2015, compilado en el citado Decreto 780 de 2016 definen y desarrollan la libre escogencia como principio, derecho y característica de las EPS.

Por su parte, la jurisprudencia constitucional lo ha desarrollado de la siguiente manera:

*“El principio de la libre escogencia se edifica a partir de la participación que se otorga a “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”.*¹¹

Adicionalmente, se ha establecido que este principio se relaciona con varios derechos fundamentales, entre ellos, *“la dignidad humana, en ejercicio de su autonomía de tomar las decisiones determinantes para su vida, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a la salud y la seguridad social”*¹².

En suma, el principio de libre escogencia consiste en permitir que las personas puedan desvincularse de aquellas EPS que no garantizan adecuadamente el goce efectivo de su derecho fundamental a la salud y, a la vez, afiliarse a aquellas entidades que presten sus servicios.

ANÁLISIS DEL CASO EN CONCRETO.

⁶ Arts. 157, 202 y 211.

⁷ Artículos 153 num. 3.12, 156, literal g) y 159 num. 3

⁸ “Por medio de la cual se reforma el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones”.

⁹ Artículo 2.9.2.5.4 del Decreto 780 de 2016.

¹⁰ Artículos 2.1.11.1, 2.1.11.12 y 2.1.5.1 párrafos 3, 2.1.5.3, 2.1.6.2 y 2.1.6.4 *ibidem*

¹¹ Auto 591 de 2016, que reitera lo dicho en sentencias T-010 de 2004, T-760 de 2008 (4.2.6.), T-448 de 2017, por ejemplo. Este principio también es desarrollado en las sentencias C-915 de 2002, T-436, de 2004, T-024 y T-207 de 2008, T-1055 de 2010 T-745 de 2013, C-313 de 2014, entre otras.

¹² T-448 de 2017 que complementa la T-126 de 2010.

Descendiendo al caso *sub examine*, se analizará la procedencia de la acción del amparo, esto es, la legitimación por activa y por pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad.

Sobre la legitimación por activa, es necesario atenerse que el artículo 86 de la Constitución Política. La titularidad de la acción de tutela se encuentra, en principio, en cabeza del directamente afectado como queda evidenciado en el introito.

Respecto de la legitimación por pasiva, se concluye que las encartadas son entidades prestadoras de los servicios públicos de salud, una entidad en la que se encuentra afiliado el solicitante y COOSALUD EPS a la que se desea afiliarse a través del Régimen Subsidiado y los solicitó por escrito.

En relación con el requisito de subsidiariedad, la jurisprudencia constitucional ha establecido algunos eventos en los cuales la acción de tutela resulta procedente aun cuando exista otra vía, a saber:

“(i) Los medios ordinarios de defensa judicial no son suficientemente idóneos y eficaces para proteger los derechos presuntamente conculcados; (ii) Aún (sic) cuando tales medios de defensa judicial sean idóneos, de no concederse la tutela como mecanismo transitorio de protección, se producirá un perjuicio irremediable a los derechos fundamentales; (iii) El accionante es un sujeto de especial protección constitucional (personas de la tercera edad, personas discapacitadas, mujeres cabeza de familia, población desplazada, niños y niñas etc.) y, por tanto su situación requiere de particular consideración por parte del juez de tutela”¹³.

En el caso del derecho a la salud, la Ley 1122 de 2007 previó un mecanismo para resolver controversias entre los usuarios y las EPS, cuyo trámite está en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud; sin embargo, respecto de este medio, la Corte también ha expuesto su criterio en torno de su idoneidad y eficacia, sobre las cuales ha concluido que *“existen 2 falencias graves en la estructura de este especial procedimiento¹⁴, estas son: (i) la inexistencia de un término dentro del cual deba resolverse el recurso de apelación que respecto de la decisión adoptada se pueda interponer¹⁵ y (ii) la imposibilidad de obtener el cumplimiento de lo ordenado”¹⁶.*

En el fallo mencionado se concluyó que la inexistencia de un término para resolver el recurso de apelación implicaría que el trámite tenga una duración indefinida, lo cual, en casos de personas que se encuentran en una situación de extrema vulnerabilidad, deja en evidencia que el medio es inidóneo y carece de eficacia.

En síntesis, si bien la acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, cuando con ella se busca salvaguardar derechos fundamentales los mecanismos como el previsto en la Ley 1122 de 2007, en el cual se advierten fallas de idoneidad y eficacia, deben ceder ante las especiales condiciones del sujeto cuya protección se solicita.

¹³ Sentencia T- 291 de 2014, la cual reitera las sentencias T-656 de 2006, T-435 de 2006, T-768 de 2005, T-651 de 2004, y T-1012 de 2003.

¹⁴ Se llama la atención en que si bien esta Corporación en las Sentencias C-117 y C-119 de 2008 estudió la constitucionalidad de este procedimiento y determinó que se encontraba de acuerdo con el ordenamiento jurídico superior, la Corte jamás se pronunció respecto de su idoneidad y eficacia.// Se destaca que, en Sentencia C-117 de 2008, la Corte evaluó el posible desconocimiento al principio de (i) imparcialidad e independencia en la administración de justicia, como producto de que, con ocasión a las facultades otorgadas, el ente que ejerce la vigilancia y control de las EPS, es el mismo que ahora entra a juzgarlas respecto de las controversias allí contempladas, y (ii) doble instancia, pues no se dispuso expresamente la manera en que se impugnará lo decidido.// Por su parte, en Sentencia C-119 de 2008 se estudió si la norma en comentarios otorgó a la Superintendencia Nacional de Salud competencias que constitucionalmente habían sido exclusivamente otorgadas a los jueces de tutela.

¹⁵ Ver, entre otras, las Sentencias T-728 de 2014 y T-121 de 2015.

¹⁶ Sentencia T-529 de 2017.

A su vez, cabe resaltar que el accionante, no aportó prueba documental radicada ante la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, pero manifestó en el hecho tercero haber enviado un correo electrónico el 10 de agosto de 2020 sin haber obtenido respuesta.

El Decreto 2591 de 1991 en su artículo 20 prevé la presunción de veracidad de los hechos, ante la ausencia de respuesta por parte de la entidad accionada. Esta agencia judicial procedió a notificar a la entidad accionada por correo electrónico sin que se hubiere recibido informe por parte de la DIRECCIÓN DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL, como consecuencia se acoge como cierto el supuesto fáctico expuesto por el actor.

En suma, en virtud de la aplicación de la presunción se tiene como probado la presentación de petición de desafiliación desde el 10 de agosto de 2020 ante la entidad accionada sin que hasta la fecha hubiere obtenido respuesta.

El día 9 de septiembre del año en curso se realizó llamada telefónica al abonado telefónico 3003574223, contestó el actor y manifestó que a la fecha recibió comunicación de la Dirección de Sanidad requiriendo documentos tales como la fotocopia de la cédula de ciudadanía para proceder a desafiliarlo del régimen especial de salud pero a la fecha no ha materializado el retiro del sistema de salud.

En relación con la inmediatez se observa que la culminación del servicio militar data del mes de julio de 2020 y la acción de tutela fue interpuesta el 26 de agosto de 2020. Es decir, en oportunidad.

Superado el anterior análisis, esta agencia se concentrará en el examen del devenir procesal y probatorio para definir si en este caso procede la concesión del amparo.

El supuesto fáctico se contrae a la petición radicada por un ciudadano que prestó el servicio militar hasta el mes de julio del año en curso, a la fecha continua afiliado al sistema de salud especial de las Fuerzas Militares, necesita afiliarse al Régimen Subsidiado por padecer enfermedad denominada virus del papiloma humano con afectación de la región anal según lo documenta la historia clínica por lo que requiere exámenes diagnósticos y control médico de seguimiento. Acudió a COOSALUD EPS para afiliarse pero le fu negada la afiliación por registrar en la base de datos del Adres como activo en el régimen especial.

La dilación injustificada en el tiempo de la actualización de la información ante el Adres del ciudadano JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ se erige como el hecho conculcador de las garantías de accesibilidad al sistema de seguridad social en salud y le vulnera el derecho al diagnóstico máxime cuando tiene pendiente la prueba de laboratorio de serología y el virus de inmunodeficiencia humana 1 y 2 anticuerpos.

En consecuencia, se ampararán los derechos fundamentales a la SALUD y la DIGNIDAD HUMANA, se ordenará al DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL registrar la desafiliación del Régimen Especial de Salud de la Fuerzas Militares previa realización del examen de retiro, sino lo hubiere practicado y actualice la información ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la providencia y lo notifique al interesado.

Respecto de la entidad EPS COOSALUD, acreditó la emisión de respuesta a la solicitud radicada por el ciudadano y explicó las razones fácticas jurídicas que impiden su afiliación actual a través del Régimen Subsidiado, por lo que el amparo deprecado se denegará respecto de esta entidad.

X. RESUMEN O CONCLUSIÓN

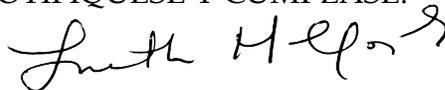
Habida cuenta de las circunstancias fácticas y jurídicas que dieron lugar al ejercicio de la presente acción, tomando en cuenta la jurisprudencia previamente enunciada, y las consideraciones particulares de la situación puesta en conocimiento de esta agencia judicial, se tiene que existe una vulneración al derecho fundamental a la vida digna y a la salud del actor, ante la dilación en el retiro del sistema especial de salud de las Fuerzas Militares que en el caso particular le ha impedido acceder al servicio médico de forma permanente e integral.

Por lo expuesto, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Barranquilla, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales a la SALUD y la DIGNIDAD HUMANA, deprecados por el señor JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.
2. En consecuencia ORDENAR al DIRECTOR DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL registrar la desafiliación del Régimen Especial de Salud de la Fuerzas Militares del señor JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, previa realización del examen de retiro, sino lo hubiere practicado y actualice la información ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), en el término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de la providencia y lo notifique al interesado.
3. Denegar el amparo al derecho fundamental de petición JESUS ALBERTO PEREIRA GUTIÉRREZ, invocado ante EPS COOSALUD, por lo expuesto en la parte motiva.
4. NOTIFÍQUESE esta providencia por el medio más expedito, es decir, por medio del correo electrónico ccto03ba@cendoj.ramajudicial.gov.co.
5. En caso de no ser impugnado el presente fallo, por secretaria envíese a la Corte Constitucional, para su eventual revisión. Una vez sea devuelta, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.



LINETH MARGARITA CORZO COBA
JUEZA