

DERECHO A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA DIGNA - Protección. Orden de entrega del medicamento requerido / DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL - Es un derecho subjetivo y universal

El derecho a la Seguridad Social, que comprende el de la salud, es un derecho subjetivo y universal, que ha sido reconocido en normatividad internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948 (artículo 22), y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Colombia y ratificado el 29 de noviembre de 1969 mediante la Ley 74 de 1998 (Preámbulo, artículo 9). Y a nivel interno, en el artículo 49 de la Carta Política se consagró como un servicio público de carácter obligatorio que se garantizará y prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Igualmente, lo instituye como un derecho irrenunciable para todos los habitantes. En la Carta de 1991, la salud superó el concepto tangencial de asistencia pública que traía la Carta de 1886. Por ello, en el artículo 49, la atención de la salud se estableció como un servicio público a cargo del Estado; se garantizó a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma; se indicó que tales servicios se organizarían en forma descentralizada y por niveles de atención; se confió al Estado la facultad para instituir las políticas, organizar, dirigir, reglamentar, vigilar y controlar su ejecución; y se señaló, que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

FUENTE FORMAL: DECLARACION UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS - ARTICULO 22 / PACTO DE DERECHOS ECONOMICOS SOCIALES Y CULTURALES / LEY 74 DE 1968 - PREAMBULO / LEY 74 DE 1998 - ARTICULO 9 / CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

MEDICAMENTOS EXCLUIDOS DEL POS - La prohibición del comité técnico científico no es excusa para negar el suministro al afectado / PLAN OBLIGATORIO DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y POLICIA - Se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos para inaplicar las normas que contienen el POS

De la documentación obrante en el expediente se desprende que el señor Álvaro Mendoza Escorcía padece de artrosis, y que para el tratamiento de dicha patología, su médico le prescribió el medicamento denominado GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs. El accionante afirma que solicitó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Atlántico, la autorización de dicho medicamento pero que, su petición fue negada, bajo el argumento de no encontrarse incluido en el POS. Por su parte, la entidad accionada pretende se niegue el amparo solicitado, ya que el tratamiento requerido no está incluido en el plan de salud establecido para los miembros de la Policía Nacional, y que no se ha demostrado por qué no puede utilizar otras alternativas de medicamentos que si están incluidos en dicho plan. Al respecto, considera la Sala que dichos argumentos no son suficientes para negar el amparo pues el medicamento GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs, fue el sugerido por el médico tratante, especialista reumatólogo, para tratar con eficiencia la enfermedad que padece el accionante... Por lo anterior, los encargados del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento jurídico, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad y eficiencia del servicio, porque es obligación primordial de las entidades estatales y de los particulares que participan en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y

desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como intérprete autorizada de la Carta. La Corte Constitucional ha establecido unas reglas que deben observar los jueces para inaplicar las normas del POS y, su lugar, ordenar el suministro de medicamentos, insumos o tratamientos no incluidos en ese plan, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud... Así las cosas, la Sala considera que se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos para inaplicar las normas que contienen el Plan Obligatorio de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía –Acuerdos Nos. 052 de 2013 y 002 del 2002–, y por lo tanto, que se debe ordenar la entrega del medicamento requerido por el actor, en el entendido que la no entrega del medicamento formulado al accionante, afecta su derecho fundamental a la salud. No se probó en el presente trámite que el medicamento prescrito pudiera ser sustituido por otro igual de efectivo e idóneo, el demandante no tiene medios para obtenerlos por su cuenta y, finalmente, porque fueron recetados por un médico especialista adscrito a la entidad que ahora se demanda por negarse a la entrega de medicamentos no POS.

FUENTE FORMAL: ACUERDO 052 DE 2013 / ACUERDO 002 DE 2001

NOTA DE RELATORIA: En cuanto al principio de garantía de la continuidad y eficiencia en la prestación del servicio de salud, ver: Corte Constitucional, sentencia T-760 del 31 de julio de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Respecto de las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener prestaciones excluidas del POS, ver: Corte Constitucional, sentencia T-160 del 17 de marzo de 2014, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - Los miembros de las FF.MM. y de la Policía están excluidos y en consecuencia no es aplicable la solicitud de recobro al Fosyga

En lo relacionado con la solicitud de recobro al FOSYGA, por la prestación de los servicios de salud no incluidos en el POS, la Sala reitera que tal petición resulta improcedente para las Direcciones de Sanidad del Ejército y de la Policía Nacional, considerando que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, excluyó del sistema general de seguridad social en salud a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, y en consecuencia, no es aplicable el cobro ante el FOSYGA por los tratamientos médicos suministrados o los sobrecostos en que deba incurrir para la prestación de los servicios de salud a sus afiliados; sino que la Dirección de Sanidad cuenta con la posibilidad de acudir al fondo de cuenta de la Policía Nacional, de conformidad con la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000, que estructuraron el sistema de salud especial examinado. Esta postura ha sido avalada por la Corte Constitucional, que luego de un recuento de las normas por las que se rige la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, concluyó que no puede asimilarse el funcionamiento de dicha dirección a la prestación del servicio de una EPS, adicionalmente, cuentan con un fondo específico para el pago de las obligaciones generadas por la atención de salud de sus afiliados. Por lo anterior, al no asistirle razón a la entidad accionada, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

FUENTE FORMAL: LEY 100 DE 1993 - ARTICULO 279 / LEY 352 DE 1997 / DECRETO 1795 DE 2000

NOTA DE RELATORIA: En cuanto a la exclusión del sistema general de seguridad social en salud a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía y la imposibilidad de recobro ante el Fosyga, consultar: Consejo de Estado, sentencia

del 16 de junio de 2011, exp. 25000-23-15-000-2011-00946-01, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, sentencia del 29 de abril de 2010, exp. 73001-23-31-000-2008-00448-01, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia, sentencia del 26 de julio de 2012, exp. 70001-23-31-000-2012-00238-01, M.P. Dr. William Giraldo Giraldo. Respecto al régimen especial de seguridad social para los miembros de las Fuerzas militares y Policía, ver: Corte Constitucional, sentencia T-540 de 18 de julio de 2002, M.P. Clara Inés Vargas Hernández

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero Ponente: JORGE OCTAVIO RAMIREZ RAMIREZ

Bogotá D.C., veintiséis (26) de noviembre de dos mil quince (2015)

Actor: ALVARO MENDOZA ESCORCIA

Radicación número: 08001-23-33-000-00118-01(AC)

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA – POLICIA NACIONAL (DIRECCION DE SANIDAD – SECCIONAL ATLANTICO)

La Sala decide la impugnación interpuesta por la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL –SECCIONAL DE SANIDAD ATLÁNTICO–contra la sentencia del 31 de julio del 2015, proferida por el TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DEL ATLÁNTICO, que resolvió:

“1.- Amparar los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Álvaro Mendoza Escorcía, por lo antes expuesto.

2.- Declarar que el Comité Técnico Científico de Adquisición de Medicamentos de la Policía Nacional y el Director General de Sanidad de la Policía Nacional vulneraron el derecho constitucional fundamental a la salud invocado por el señor Álvaro Mendoza Escorcía.

3.- Ordenar al Comité Técnico Científico de Adquisición de Medicamentos de la Policía Nacional y el Director General de Sanidad de la Policía Nacional, continúen suministrando el medicamento GLUCOSAMIDA + CONDROITINA 1500/1200 mgs, al señor Álvaro Mendoza Escorcía, conforme le formuló el médico tratante de su enfermedad y durante el tiempo que aquél lo requiera [...]”¹.

¹ Folio 40.

ANTECEDENTES

El señor Álvaro Mendoza Escorcía, actuando en nombre propio, instauró acción de tutela contra la DIRECCIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL – SECCIONAL ATLÁNTICO, por considerar vulnerado su derecho fundamental a la salud.

1. Pretensiones

Las pretensiones de la acción de tutela son las siguientes:

“Solicito señor juez, de manera inmediata, el cese de la perturbación de mi derecho constitucional a la salud en conexidad con la vida, ordenando a la Dirección General de Sanidad de la Policía Nacional y/o Comité Técnico Científico la entrega del medicamento Glucosamina+Condroitina 1500/1200mg por los seis (6) meses que ordenó el doctor (SIC) Godoy y este tratamiento es continuo, lo cual indica que seguiré consumiéndolo por el resto de mi vida. Desconocen ellos que en ocasiones esta patología por los fuertes dolores que causa lo pueden a uno desestabilizar emocionalmente”.

2. Hechos

De la acción de tutela, se tiene como relevantes los siguientes:

2.1. El señor ÁLVARO MENDOZA ESCORCIA es beneficiario del sistema de salud de la Policía Nacional. Desde hace algún tiempo padece de *“Artrosis primaria de otras articulaciones”* (fl. 9).

2.2. Como tratamiento para su patología, el 10 de enero de 2015², el médico tratante le recetó *“GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs”*, inicialmente por 3 meses.

2.3. La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, mediante *“Formula Médica Ambulatoria”* del 20 de febrero de 2015³, autorizó el medicamento en cuestión.

² Folio 6.

³ Folio 7.

2.4. El 6 de mayo del año en curso, el actor acude ante el médico tratante para cita de control, quien nuevamente le receta, entre otros medicamentos, *“GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs”*.

2.5. Sin embargo, mediante escrito del 16 de junio de 2015 la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Sanidad Atlántico-, manifestó que el medicamento en cuestión *“NO CUMPLE CON EL ACUERDO 052/2013 ART 8 LIT B. UTILIZAR ALTERNATIVAS VADEMECUM – NO HAY SUFICIENTE EVIDENCIA CIENTÍFICA DE SUPERIORIDAD FRENTE A LA GLOCOSAMINA”*.

3. Fundamentos de la acción

El señor Álvaro Mendoza Escorcía pretende que se le ordene a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional –Seccional Sanidad Atlántico que autorice la entrega del medicamento *“GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs”*, para tratar su artrosis.

4. Trámite de la acción

Una vez avocado el conocimiento de la presente acción por parte del Tribunal Administrativo del Atlántico, mediante auto del 17 de julio del 2015, se ordenó notificar a las partes (fls 18).

5. Intervenciones

5.1. La **Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Sanidad Atlántico-**, rindió el respectivo informe y señaló que la presente acción es improcedente por cuanto no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados por el actor, toda vez que éste ha recibido todos los medicamentos incluidos en el vademécum de la Institución.

6. Providencia impugnada

Mediante providencia del 31 de julio de 2015, el Tribunal Administrativo del Atlántico resolvió:

“1.- Amparar los derechos constitucionales fundamentales a la salud y a la vida digna del señor Álvaro Mendoza Escorcía, por lo antes expuesto.

2.- Declarar que el Comité Técnico Científico de Adquisición de Medicamentos de la Policía Nacional y el Director General de Sanidad de la Policía Nacional vulneraron el derecho constitucional fundamental a la salud invocado por el señor Álvaro Mendoza Escorcía.

3.- Ordenar al Comité Técnico Científico de Adquisición de Medicamentos de la Policía Nacional y el Director General de Sanidad de la Policía Nacional, continúen suministrando el medicamento GLUCOSAMIDA + CONDROITINA 1500/1200 mgs, al señor Álvaro Mendoza Escorcía, conforme le formuló el médico tratante de su enfermedad y durante el tiempo que aquél lo requiera [...]”⁴.

Como fundamento de su decisión señaló que el actor padece una enfermedad deformativa, incapacitante y progresiva, que requiere ciertos medicamentos para su recuperación, ordenados por el médico tratante y ya suministrados en una ocasión por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, pero que, imponiendo barreras administrativas y burocráticas le impiden el acceso al actor, del medicamento nuevamente solicitado, vulnerando su derecho fundamental a la salud.

7. Impugnación

La Dirección de Sanidad - Seccional Atlántico- impugnó la decisión de primera instancia para lo cual reiteró que al actor nunca se le han negado los medicamentos incluidos en el vademécum y adicionó que el médico tratante *“no tuvo en cuenta las alternativas terapéuticas, para el tratamiento del señor ESCORCIA MENDOZA, puesto que no han sido tenidas en cuenta y las mismas aun no ha (SIC) mostrado un resultado desfavorable en favor del tratamiento”*.

Además, solicitó la autorización para el recobro ante el FOSYGA, por los servicios suministrados al actor, en cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

⁴ Folio 40.

La acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, fue reglamentada mediante el Decreto 2591 de 1991, que en el artículo 1° establece que "**Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señala este decreto**", la cual, en principio, procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial.

En el evento de existir esa otra herramienta de defensa, la tutela será procedente si se alega que se propone como mecanismo transitorio con el que se busca evitar un perjuicio irremediable.

1. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si le asiste razón al Tribunal Administrativo del Atlántico al conceder el amparo solicitado, o si por el contrario debía negarse la tutela, toda vez que el medicamento ordenado al actor para el tratamiento de su patología (artrosis) no está incluidos en el Plan de Servicios Médicos de Sanidad Militar y Policial.

De igual forma, se debe establecer si es posible autorizar a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional para recobrar ante el FOSYGA, el valor de los medicamentos que deba otorgar al actor y que no se encuentra incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

2. Derecho a la salud

2.1. El derecho a la Seguridad Social, que comprende el de la **salud**, es un derecho subjetivo y universal, que ha sido reconocido en normatividad internacional, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, promulgada el 10 de diciembre de 1948 (artículo 22)⁵, y en el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por Colombia y ratificado el 29 de

⁵ Art. 22: "Toda persona, en cuanto miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social".

noviembre de 1969 mediante la Ley 74 de 1998 (Preámbulo, artículo 9)⁶. Y a nivel interno, en el artículo 49 de la Carta Política se consagró como un servicio público de carácter obligatorio que se garantizará y prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, con sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Igualmente, lo instituye como un derecho irrenunciable para todos los habitantes.

En la Carta de 1991, la salud superó el concepto tangencial de asistencia pública que traía la Carta de 1886. Por ello, en el **artículo 49**, la atención de la salud se estableció como un servicio público a cargo del Estado; se garantizó a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la misma; se indicó que tales servicios se organizarían en forma descentralizada y por niveles de atención; se confió al Estado la facultad para instituir las políticas, organizar, dirigir, reglamentar, vigilar y controlar su ejecución; y se señaló, que la ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria.

2.2. Lo anterior explica que actualmente, se hable del derecho a la salud integral, concepto que implica una cobertura de **todas aquellas situaciones que de alguna manera afecten “los niveles de pervivencia lozana y estable”**.

En esas condiciones, además de los tratamientos médicos que exija la protección de la salud de la persona, las autoridades están en la obligación de garantizar los medios para la prestación efectiva del servicio de salud y la accesibilidad de los usuarios a éste.

3. Análisis del caso concreto

3.1. De la documentación obrante en el expediente se desprende que el señor Álvaro Mendoza Escorcía padece de *artrosis*, y que para el tratamiento de dicha patología, su médico le prescribió el medicamento denominado “*GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs*”.

⁶ Preámbulo: “Reconociendo que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, en el disfrute de las libertades civiles y políticas, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales”.

El accionante afirma que solicitó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Seccional Atlántico, la autorización de dicho medicamento pero que, su petición fue negada, bajo el argumento de no encontrarse incluido en el POS.

Por su parte, la entidad accionada pretende se niegue el amparo solicitado, ya que el tratamiento requerido no está incluido en el plan de salud establecido para los miembros de la Policía Nacional, y que no se ha demostrado por qué no puede utilizar otras alternativas de medicamentos que si están incluidos en dicho plan.

3.2. Al respecto, considera la Sala que dichos argumentos no son suficientes para negar el amparo pues el medicamento “*GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs*”, fue el sugerido por el médico tratante, especialista reumatólogo, para tratar con eficiencia la enfermedad que padece el accionante.

La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia ha sostenido que uno de los principios característicos del servicio público a la salud es el de la eficiencia, el cual involucra a su vez, el principio de continuidad; por eso “*...quien presta o realiza el servicio no debe efectuar acto alguno que pueda comprometer la continuidad del servicio público de salud y, en consecuencia la eficiencia del mismo*”. Y no puede interrumpirse tampoco su prestación “*...por su carácter inherente a la existencia misma del ser humano y del respeto a su dignidad*”.

Por lo anterior, los encargados del sistema de salud no pueden, sin quebrantar gravemente el ordenamiento jurídico, efectuar acto alguno ni incurrir en omisión que pueda comprometer la continuidad y eficiencia del servicio, porque es obligación primordial de las entidades estatales y de los particulares que participan en la prestación del servicio público de salud, garantizar los principios de la seguridad social establecidos en la Constitución y desarrollados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, como intérprete autorizada de la Carta.

3.3. La Corte Constitucional⁷ ha estableció unas reglas que deben observar los jueces para inaplicar las normas del POS y, su lugar, ordenar el suministro de medicamentos, insumos o tratamientos no incluidos en ese plan, en aras de garantizar los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud. Estas son:

⁷ Sentencias T-760 de 2008 y T-160 de 2014.

“i) La falta de servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere,

ii) El servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el POS.

iii) El interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie,

iv) El servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo”.

3.4. En el caso *sub examine*, está comprobado: **(i)** que el señor Mendoza Escorcía padece de *artrosis*, **(ii)** que requiere del medicamento: “*GLUCOSAMINA + CONDROITINA 1500/1200 mgs*” para el tratamiento de la patología que padece (fls. 6); **(iii)** que el mismo está justificado desde un punto de vista médico, tal y como se corrobora con las copias de los formatos de aprobación de medicamentos (fls. 12); **(iv)** que se solicitó su entrega; **(v)** que la misma fue negada por la entidad demandada, con el argumento que puede utilizar alternativas del POS; y **(vi)** que el señor Mendoza Escorcía, si bien es jubilado, sus recursos no le alcanzan para adquirir de forma particular el medicamento en cuestión.

3.5. Así las cosas, la Sala considera que se cumplen los requisitos jurisprudenciales establecidos para inaplicar las normas que contienen el Plan Obligatorio de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía –Acuerdos Nos. 052 de 2013 y 002 del 2002–, y por lo tanto, que se debe ordenar la entrega del medicamento requerido por el actor, en el entendido que la no entrega del medicamento formulado al accionante, afecta su derecho fundamental a la salud.

No se probó en el presente trámite que el medicamento prescrito pudiera ser sustituido por otro igual de efectivo e idóneo, el demandante no tiene medios para obtenerlos por su cuenta y, finalmente, porque fueron recetados por un médico especialista adscrito a la entidad que ahora se demanda por negarse a la entrega de medicamentos no POS.

4. En lo relacionado con la solicitud de recobro al FOSYGA, por la prestación de los servicios de salud no incluidos en el POS, la Sala reitera que tal petición

resulta improcedente para las Direcciones de Sanidad del Ejército y de la Policía Nacional⁸, considerando que el artículo 279 de la Ley 100 de 1993⁹, excluyó del sistema general de seguridad social en salud a los miembros de las Fuerzas Militares y de Policía, y en consecuencia, no es aplicable el cobro ante el FOSYGA por los tratamientos médicos suministrados o los sobrecostos en que deba incurrir para la prestación de los servicios de salud a sus afiliados; sino que la Dirección de Sanidad cuenta con la posibilidad de acudir al fondo de cuenta de la Policía Nacional, de conformidad con la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000, que estructuraron el sistema de salud especial examinado.

Esta postura ha sido avalada por la Corte Constitucional¹⁰, que luego de un recuento de las normas por las que se rige la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, concluyó que no puede asimilarse el funcionamiento de dicha dirección a la prestación del servicio de una EPS, adicionalmente, cuentan con un fondo específico para el pago de las obligaciones generadas por la atención de salud de sus afiliados. Dice la Corte *in extenso*:

*“...Por consiguiente, si bien en términos prácticos puede decirse que la Dirección General de Sanidad Militar, por las funciones que cumple, entre las cuales está la de **“Dirigir la operación y funcionamiento del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares”** (artículo 10, literal a) de la Ley 352 de 1997), puede compararse con una Empresa o Entidad Promotora de Salud de la que trata el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, cuya función básica es la de “organizar, y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados...”, lo cierto es que la Dirección General de Sanidad Militar es un organismo que pertenece a un sistema de salud especial y por ello, no puede ser catalogada como Empresa Promotora de Salud (EPS) y debe regirse, entonces, por las normas de ese sistema especial que la creó.*

En ese sentido, advierte la Sala que ni la Ley 352 de 1997, ni el Decreto 1795 de 2000, mediante el cual el Presidente de la República, en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 578 de 2000, estructuró el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (SSMP), contienen disposición alguna que permita a la Corte declarar que la Dirección General de Sanidad Militar pueda repetir contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por los sobrecostos

⁸ Esta posición fue expuesta por la Sala en varias oportunidades: Consejo de Estado, Sección Cuarta, radicación número: 25000-23-15-000-2011-00946-01 del 16 de junio de 2011, M.P. Dr. Hugo Fernando Bastidas Bárcenas, radicación número: 73001-23-31-000-2008-00448-01 del 29 de abril de 2010, M.P. Dra. Martha Teresa Briceño de Valencia y radicado 70001-23-31-000-2012-00238-01, del 26 de julio de 2012. M.P. Dr. William Giraldo Giraldo.

⁹ ARTÍCULO 279. EXCEPCIONES. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, ni al personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990, con excepción de aquel que se vincule a partir de la vigencia de la presente Ley, ni a los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas.

¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T 540 de 18 de julio de 2005. MP Clara Inés Vargas Hernández.

en que incurra por el cumplimiento de la orden que se le imparte en el fallo de tutela.

La Sala colige que en casos como el que se examina, por tratarse de un régimen o sistema especial de seguridad social en salud, la financiación de los costos debe obtenerse de los recursos de fondos propios con los cuales se hace posible la operación del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, pues se observa que la Ley 352 de 1997, en forma similar a como lo hace la Ley 100 de 1993 en su artículo 218, establece:

“ART. 38. Fondos cuenta del SSMP. Para efectos de la operación del SSMP, funcionarán el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y el fondo-cuenta del Subsistema de Salud de la Policía Nacional. Los fondos-cuenta tendrán el carácter de fondos especiales, sin personería jurídica, ni planta de personal. Los recursos de los fondos serán administrados en los términos que determine el CSSMP, directamente por la Dirección General de Sanidad Militar o por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, y ejecutados por las Fuerzas Militares o por la Policía Nacional, según corresponda. Los recursos podrán ser administrados por encargo fiduciario conforme a lo dispuesto en el estatuto general de contratación de la Administración Pública. Ingresarán a cada uno de los fondos cuenta los siguientes recursos según sea el caso:

“a) Los ingresos por cotización del afiliado y por cotización correspondiente al aporte del Estado como aporte patronal;

“b) Los aportes del Presupuesto Nacional con destino al respectivo Subsistema contemplados en el artículo 32 y los literales b), c), d), y f) del artículo 34 de la presente Ley;

“c) Los ingresos por pagos compartidos y cuotas moderadoras realizados por los beneficiarios del respectivo Subsistema;

“d) Otros recursos o ingresos destinados para el funcionamiento de casa uno de los Subsistemas;

“e) Recursos derivados de la venta de servicios.

“Parágrafo. Los recursos a que hacen referencia los literales a), c) y e) serán recaudados y transferidos directamente al fondo cuenta correspondiente para su distribución y transferencia.”

“Como bien puede apreciarse, la norma en cita, en cuanto regula el funcionamiento y financiación de los fondos-cuenta de los Subsistemas de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, se equipara al artículo 218 de la Ley 100 de 1993, en el que se crea y se establece la operación del Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por lo cual, estima la Sala, la Dirección General de Sanidad Militar, sin necesidad de expresa declaración por parte del

juez en el fallo de tutela, podrá obtener los recursos del fondo-cuenta del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, como quiera que se trata de un régimen especial que se rige por sus propias normas...”.

4. Por lo anterior, al no asistirle razón a la entidad accionada, la Sala confirmará la decisión de primera instancia, proferida por el Tribunal Administrativo del Atlántico.

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

FALLA

1. **CONFÍRMASE** la decisión impugnada, proferida el 31 de julio del 2015, por el Tribunal Administrativo del Atlántico, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.
2. **NOTÍFIQUESE** la presente decisión a los interesados, por el medio más expedito.
3. **ENVÍESE** a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

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

MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
Presidenta de la Sala

HUGO FERNANDO BASTIDAS BÁRCENAS

CARMEN TERESA ORTIZ DE RODRÍGUEZ

JORGE OCTAVIO RAMÍREZ RAMÍREZ