

DERECHO A LA SALUD - Derecho fundamental autónomo. Obligaciones del Estado / SANIDAD - Servicio público esencial de la logística militar y policial. Personas que gozan de este servicio

El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la salud como una garantía en favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma al Estado le corresponde: Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación. Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia. Procurar que en materia de salud la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria. Con ocasión de la sentencia T - 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional que le otorgó la Constitución. En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no deberá hacerse en conexidad con la vida o con la integridad personal, sino que deberá tutelarse como derecho fundamental autónomo. La Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que el derecho fundamental a la salud garantiza el derecho de acceso a los servicios de salud que se requieran, es decir, aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal de los pacientes.

El Decreto 1795 de 2000 estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Ese decreto definió la sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios. También dispuso como objeto del sistema de salud la prestación del servicio de sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios. Las personas que gozan de los servicios de este sistema son los afiliados, tanto los sometidos al régimen de cotización como los que no lo están, y los beneficiarios. El artículo 27 de ese mismo decreto dispuso el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial- SSMP a los que tendrían derecho tanto los afiliados como los beneficiarios.

FUENTE FORMAL: CONSTITUCION POLITICA - ARTICULO 49

DERECHO DE PETICION - Se vulnera cuando no se contesta la solicitud formulada / INAPLICACION DE DISPOSICIONES LEGALES - Presupuestos

La razón para dejar en suspenso el reconocimiento solicitado por la demandante se encuentra en que otra persona también solicitó el reconocimiento de la misma pensión. En efecto, en la parte motiva de esa resolución se lee "(...) la parte pensional y prestacional que le puede corresponder a la señoras Carlota Mondol Herrera como Cónyuge, o Marcela Patricia Zapateiro Bonolis como Compañera Permanente, se dejará en suspenso hasta tanto sea definido por autoridad de competente a quien le corresponde dicha cuota." Aunque la demandante no lo invoca, la Sala observa que la falta de decisión, bien sea de manera favorable o desfavorable a los intereses de la demandante, vulnera los derechos de petición y del debido proceso, pues no existe un acto administrativo que decida de manera definitiva la titularidad del derecho a la prestación reclamada. Considera la Sala que, en este caso, es necesario proteger el derecho de petición porque, de una parte, ha sido vulnerado por la entidad demandada al no resolver de fondo la

solicitud de pensión de sobrevivientes y, de otra, tiene relación con la tutela pedida por la demandante, si se tiene en cuenta que la suspensión de los servicios de salud obedeció a la expedición de esa Resolución. La jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional inaplique disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquéllas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que (i) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (ii) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (iii) presente un inminente acaecer; (iv) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección, y (v) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales amenazados resulte imprescindible. Para la Sala, en este caso se cumplen esos requisitos, pues la falta de prestación de los servicios médicos puede ocasionar un perjuicio irremediable al estado de salud de la demandante, habida cuenta del cáncer que padece y de la necesidad de atenderlo según la prescripción médica dada para el tratamiento. En este caso, la medida de protección será la continuación de la prestación de los servicios de salud a que tendría derecho la demandante como si fuera beneficiaria del plan de servicios del SSMP. Esa medida se ve como la forma más pertinente para que la demandante pueda tener servicios de salud. En todo caso, la tutela del derecho a la salud se hará únicamente hasta que el Subdirector General de la Policía Nacional profiera el acto administrativo que decida de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la demandante y ese acto quede en firme. Esto es, el amparo se hace de manera transitoria, con la aclaración de que si ese acto administrativo no es favorable a los intereses de la demandante, ella deberá interponer los mecanismos judiciales ordinarios y en tal caso la tutela se mantendrá hasta que éstos se decidan. Si la demandante no hace uso de esos mecanismos, el alcance del amparo sólo será hasta que quede en firme el acto que resuelva de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes.

PRESTACIONES MEDICAS EXCLUIDAS DEL PLAN DE SERVICIOS - Procedencia de su amparo mediante tutela. Requisitos / SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE LA POLICIA NACIONAL - Está exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social

La Dirección de Sanidad de la Policía Nacional informó que los medicamentos ordenados a la demandante no se encuentran incluidos en el Plan de Servicios de esa entidad y, por tal razón, pidió que se autorizara el recobro ante el Fosyga. En cuanto a las prestaciones médicas excluidas del plan de servicios correspondiente, la jurisprudencia constitucional ha contemplado las siguientes reglas para la procedencia del amparo mediante sentencia de tutela: (i) que la falta del servicio médico vulnere el derecho a la salud, (ii) que éste no puede ser sustituido por uno previsto en el POS, POS-S o el respectivo plan obligatorio de salud, (iii) que el pago del servicio no pueda ser asumido personalmente por el sujeto interesado y (iv) que éste haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la empresa demandada. Para la Sala, en este caso se cumplen los requisitos antes mencionados, pues los medicamentos son necesarios para tratar el hipotiroidismo y la obesidad que padece la demandante; fueron ordenados por el profesional de la salud que conoció del caso y, además, ese profesional se encuentra adscrito a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, tal como consta en la fórmula médica ambulatoria que obra en el folio 14 del expediente. Asimismo, la demandante aseguró no contar la capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos, afirmación que no fue desvirtuada por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y, por ende, se tendrá como cierta. Por las

anteriores razones, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional deberá entregar a la demandante el medicamento no incluido en el plan de salud. Ahora bien, respecto a la autorización del recobro ante el Fosyga pedido por la entidad demandada, la Sala reitera su posición sobre la improcedencia de dicha petición debido a que el sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fue exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social. De hecho, ese sistema está regulado, principalmente, por la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000 y, en ninguna de las normas, se encuentra previsto que las entidades encargadas de prestar el servicio de salud puedan repetir contra el Fosyga cuando los medicamentos, servicios médicos y demás prestaciones de salud no estén incluidos en el POS de dicho régimen. Por esa razón, la Sala negará la autorización pedida.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCION CUARTA

Consejero ponente: HUGO FERNANDO BASTIDAS BARCENAS

Bogotá, D.C., siete (7) de abril de dos mil once (2011)

Radicación número: 13001-23-31000-2011-00081-01(AC)

Actor: CARLOTA MONDOL HERRERA Y OTRA

Demandado: MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL - POLICIA NACIONAL

La Sala resuelve la impugnación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia del 18 de febrero de 2011, proferida por el Tribunal Administrativo de Bolívar, que resolvió:

“PRIMERO: Tutelar, como mecanismo principal, el derecho fundamental a la salud, en cabeza de la menor KAROL LEONOR CABARCAS MONDOL.

SEGUNDO: Inaplicar, de manera transitoria y con efecto inter partes, el artículo 2° del Decreto 1795 de 2000.

TERCERO: Tutelar, como mecanismo transitorio, el derecho a la salud en cabeza de la señora CARLOTA MONDOL HERRERA, hasta tanto se decida, en sede administrativa o judicial, en su caso, sobre la suspensión en el reconocimiento de la pensión de sobreviviente como beneficiaria del señor RAMIRO ALBERTO CABARCAS REYES.

CUARTO: Ordenar a la DIRECCION DE SANIDAD DE LA POLICIA NACIONAL y a la JEFATURA DE SANIDAD DE LA POLICIA METROPOLITANA DE CARTAGENA que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la presente sentencia, preste la atención médica

integral a que tienen derecho las accionantes, incluyendo cirugías, medicamentos, tratamientos, terapias y todo lo que requieran para la atención de las enfermedades primarias y/o secundarias que padezcan, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: *Advertir a las entidades accionadas para que no vuelvan a incurrir en los mismos hechos y/u omisiones que dieron lugar a la presentación de esta acción de tutela.
(...)*

I. ANTECEDENTES

A. Pretensiones

La señora Carlota Mondol Herrera, en nombre propio y en el de su menor hija Karol Leonor Cabarcas Mondol, pidió la protección de los derechos fundamentales de la seguridad social de las personas “*disminuidas físicamente*” y de la salud en conexidad con la vida, que consideró vulnerados por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

La demandante formuló las siguientes pretensiones:

“1.- Se ordene COMO FORMA DE EVITAR UN PERJUICIO IREMEDIABLE (sic), a los Directores de las entidades accionadas que en un término de cuarenta y ocho (48) horas entreguen los medicamentos LOSARTAN 50 mg, en proporción de sesenta unidades, METROPOLOL 50 mg, en proporción de 90 unidades LEVORITOXINA (sic) 125 mg, en proporción de 30 unidades.

2.- Se ordene a los Directores de las entidades accionadas y/o a quien corresponda que mientras la Policía Nacional no resuelva de fondo lo concerniente a la pensión sobreviviente anotada, a mi y a KAROL CABARCAS MONDOL, se nos garantice la atención medica (sic), odontológica, quirúrgica que requiera (sic), mas la entrega de los medicamentos respectivos (sic).

3.- Indicarle a las entidades accionadas que bajo ninguna circunstancia se incurra nuevamente en los hechos que dieron lugar a la presente acción de tutela, de lo contrario se harán acreedores a las sanciones de ley.”

B. Hechos

De los hechos narrados en el escrito de tutela, se destacan como relevantes los siguientes:

Que la señora Carlota Mondol Herrera solicitó a la Policía Nacional que reconociera, a su favor (en calidad de cónyuge sobreviviente del señor Ramiro

Alberto Cabarcas Reyes) y en favor de la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol, la pensión de sobrevivientes a que tendrían derecho.

Que la señora Marcela Patricia Zapateiro Bonolis (al parecer, compañera permanente del señor Cabarcas Reyes) también pidió, a su favor y en favor de la menor Kendry Marcela Cabarcas Zapateiro, el reconocimiento de la misma pensión de sobrevivientes.

Que, mediante Resolución 01917 de 2010, la Subdirección General de la Policía Nacional reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de las menores Karol Leonor Cabarcas Mondol y Kendry Marcela Cabarcas Zapateiro y del señor Ricardo Alberto Cabarcas, todos hijos del señor Ramiro Alberto Cabarcas Reyes. Que, además, en esa resolución se dejó en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes de las señoras Carlota Mondol Herrera y Marcela Patricia Zapateiro Bonolis, cónyuge y compañera permanente, respectivamente.

Que la anterior resolución fue recurrida por la señora Carlota Mondol Herrera y, al parecer, también por la señora Marcela Patricia Zapateiro Bonolis. Que, no obstante, los recursos no han sido resueltos por la Policía Nacional.

Que a la señora Carlota Mondol Herrera le diagnosticaron cáncer de mama y que, por ende, se sometió al respectivo tratamiento médico. Que, además, le diagnosticaron hipertensión arterial, hipotiroidismo y obesidad.

Que, en la actualidad, la señora Carlota Mondol Herrera y su hija afrontan una difícil situación económica, circunstancia que les impide satisfacer las necesidades básicas.

Que la señora Carlota Mondol Herrera asistió, por cuenta de la Policía Nacional, a la Fundación CENDHA para que la valorara el médico internista y el endocrinólogo. Que en la valoración médica se ordenaron los siguientes medicamentos: 60 tabletas de LOSARTAN mg., 90 tabletas de METROPOLOL 50 mg. y 30 tabletas de LEVOTIROXINA 125 mg.

Que los medicamentos formulados no se entregaron, porque, al parecer, las entidades demandadas suspendieron el servicio de salud a la señora Carlota

Mondol Herrera y a la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol, hasta tanto se resolvieran los recursos presentados contra la Resolución 1917 de 2010.

En el escrito de tutela la parte demandante pidió, como medida cautelar, se ordenara a la Policía Nacional que entregara los medicamentos formulados.

C. Trámite procesal

Con auto del 8 de febrero de 2011, el Tribunal Administrativo de Bolívar admitió la acción de tutela y, entre otras cosas, decretó la medida provisional pedida por la parte actora. En consecuencia, ordenó a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional - Jefatura de Sanidad de la Policía Metropolitana de Cartagena que *“de forma inmediata proceda a entregar a la señora Carlota Mondol Herrera... los medicamentos: LOSARTAN 50 mg, METROPOLOL 50 mg y LEVOTIROXINA MG., en cantidades de 1 caja”*.

D. Intervención del demandado

- Dirección de Sanidad de la Policía Nacional

El Director de Sanidad de la Policía Nacional solicitó que se negaran las pretensiones de la acción de tutela.

Se refirió al régimen pensional de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional para concluir que, de conformidad con el artículo 146 del Decreto 1214 de 1990, el reconocimiento de la pensión de sobreviviente se suspende cuando se presenta controversia en la reclamación. Que, en todo caso, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no era la dependencia competente para decidir sobre la pensión de sobrevivientes de las señoras Mondol Herrera y Marcela Patricia Zapateiro Bonolis. Que ese reconocimiento debía definirlo el Área de Prestaciones Sociales de la Policía Nacional y la Caja de Retiro de la Policía Nacional y que sólo después de que produjera dicho reconocimiento era posible activar la prestación del servicio de salud de las demandantes.

De otra parte, destacó que, de conformidad con el artículo 27 del Decreto 1795 de 2000, los servicios médico - asistenciales se prestan a los afiliados y beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, en los términos y condiciones que establece el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares.

Dijo que, en el caso concreto, la parte demandante no tiene derecho a recibir los servicios de salud *“a través del Subsistema de la Policía Nacional como quiera que a la fecha no se le ha realizado el reconocimiento de pensión por sustitución en virtud al fallecimiento del señor RAMIRO ALBERTO CABARCAS REYES.”*

Que, en consecuencia, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional no ha violado los derechos invocados en la tutela y que, por ende, debían negarse las pretensiones de la demanda.

Dijo, de otra parte, que la tutela desconoció el principio de inmediatez, habida cuenta de que los hechos que motivaron la presentación de la tutela ocurrieron hace más de un año y que la acción de tutela se presentó sólo en febrero del año que avanza.

Adujo, finalmente, que la parte actora tenía otro medio de defensa para procurar la protección de los derechos fundamentales invocados, es decir que podía acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para que se definiera sobre el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclama con la acción de tutela.

E. Fallo impugnado

El Tribunal Administrativo de Bolívar, en sentencia del 18 de febrero, amparó el derecho a la salud de las demandantes. En consecuencia, ordenó, en concreto, a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de ese fallo, les prestara la atención médica integral *“incluyendo cirugías, medicamentos, tratamientos, terapias y todo lo que requieran para la atención de las enfermedades primarias y/o secundarias que padezcan.”*

El *a quo* consideró que estaba probado que la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol es hija del señor Ramiro Alberto Cabarcas Reyes (q.p.d.). Que también estaba probado que, mediante Resolución 1917 de 2010, la Policía Nacional reconoció a favor de la citada menor la pensión de sobreviviente.

Que, en consecuencia, no había razón para que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional suspendiera la prestación del servicio de salud a la mencionada menor, ya que esa suspensión constituía una "*clara trasgresión*" del Decreto 1795 de 2010, que establece la prestación del servicio de salud para los pensionados y/o beneficiarios.

Que, por lo tanto, era procedente amparar, como mecanismo transitorio, el derecho a la salud de la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol.

Dijo el tribunal que, de otra parte, estaba probado que la señora Carlota Mondol Herrera fue la cónyuge del señor Ramiro Alberto Cabarcas Reyes. Que, igualmente, estaba probado que la mencionada señora padece cáncer de mama. Que si bien estaba en suspenso el reconocimiento de la pensión de sobreviviente que reclamó ante la Policía Nacional, lo cierto es que, a raíz de la enfermedad catastrófica que padece, es necesario garantizar la prestación del servicio de salud hasta tanto se decide en sede administrativa o jurisdiccional sobre dicho reconocimiento pensional.

Que, en consecuencia, se imponía "*inaplicar, transitoriamente y con efecto inter partes, el artículo 2° del Decreto 1795 de 2000, teniendo en cuenta que, aunque no es la instancia correspondiente para dilucidar el tema del reconocimiento pensional, éste tiene una implicación directa en la prestación del servicios de salud*" a la señora Carlota Mondol Herrera.

F. Impugnación

El Director de Sanidad de la Policía Nacional impugnó el fallo de primera instancia. Solicitó que se revocara y que, en su lugar, se negaran las pretensiones de la demanda. En términos generales, replicó los argumentos expuestos en el escrito en que contestó la acción de tutela.

Alegó que el *a quo* no dio una orden precisa sobre la conducta que debe realizarse para cumplir con el fallo de tutela, pues no determinó hasta donde va la

protección de los derechos, lo que trae como consecuencia un grave detrimento patrimonial para esa entidad, pues estaría asumiendo de manera indefinida costos no contemplados en el plan de salud.

Que la orden de “atención integral” debe entenderse respecto a lo pedido por la demandante y que se encuentre en el plan de salud de la Policía Nacional.

Finalmente, pidió que, en todo caso, de no revocarse la sentencia impugnada, se permitiera realizar el respectivo recobro ante el FOSYGA, habida cuenta de que los servicios y medicamentos ordenados estaban excluidos del plan obligatorio de salud, aplicable al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

II. CONSIDERACIONES

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por el Decreto 2591 de 1991, permite a todas las personas reclamar ante los jueces la protección inmediata de los derechos fundamentales cuando sean vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos señalados por la ley. Procede cuando el interesado no dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En todo caso, el mecanismo de defensa judicial ordinario debe ser idóneo para proteger el derecho fundamental vulnerado o amenazado, pues, de lo contrario, el juez constitucional deberá examinar si existe perjuicio irremediable y, de existir, concederá el amparo impetrado.

En el *sub examine*, la señora Carlota Mondol Herrera, en nombre propio y en el de su menor hija Karol Leonor Cabarcas Mondol, pidió la protección de los derechos fundamentales de la seguridad social de las personas “*disminuidas físicamente*” y de la salud en conexidad con la vida, que consideró vulnerados por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional.

El Tribunal Administrativo de Bolívar, ordenó, en concreto, a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que, en el término de 48 horas, contadas a partir de la notificación de ese fallo, les prestara la atención médica integral “*incluyendo*

cirugías, medicamentos, tratamientos, terapias y todo lo que requieran para la atención de las enfermedades primarias y/o secundarias que padezcan.”

El Director de Sanidad de la Policía Nacional impugnó esa decisión. Alegó que esa entidad no podía otorgarle los medicamentos y procedimientos ordenados, pues en este caso el reconocimiento de la pensión está suspendido porque existe una controversia en la reclamación. Que, en consecuencia, esa Dirección no puede cumplir el fallo de tutela. Que, en todo caso, de mantenerse la orden, se autorice el recobro ante el Fosyga de los medicamentos y tratamientos no POS.

En esta instancia, procede la Sala a examinar dicha impugnación. Para tal efecto se referirá (i) al derecho de salud, (ii) a las normas que regulan a los miembros de la fuerza pública y, finalmente, (iii) al caso concreto.

DEL DERECHO A LA SALUD

- De la dimensión del derecho

El artículo 49 de la Constitución Política consagra el derecho a la salud como una garantía en favor de todos los ciudadanos colombianos y a cargo del Estado. De acuerdo con esa norma al Estado le corresponde:

- Garantizar el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación.
- Organizar, dirigir y reglamentar la prestación del servicio de salud conforme con los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, así como establecer políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas y ejercer las actividades de vigilancia.
- Procurar que en materia de salud la atención básica de los habitantes sea gratuita y obligatoria.

Con ocasión de la sentencia T - 760 de 2008, proferida por la Corte Constitucional, el derecho a la salud fue reconocido por la jurisprudencia como un derecho fundamental en el contexto constitucional colombiano, sin ser despojado del carácter de servicio público esencial y de derecho prestacional que le otorgó la Constitución.

En consecuencia, cuando proceda el amparo del aludido derecho, éste no deberá hacerse en conexidad con la vida o con la integridad personal, sino que deberá tutelarse como derecho fundamental autónomo.

La Corte Constitucional, en la misma sentencia, señaló que el derecho fundamental a la salud garantiza el derecho de acceso a los servicios de salud que se requieran, es decir, aquellos servicios indispensables para conservar la salud, en especial aquellos que comprometan la vida digna y la integridad personal de los pacientes.

- DEL REGIMEN DE SALUD DE LAS FUERZAS MILITARES Y DE POLICIA

El Decreto 1795 de 2000 estructura el Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Ese decreto definió la sanidad como un servicio público esencial de la logística militar y policial, inherente a su organización y funcionamiento, orientada al servicio del personal activo, retirado, pensionado y beneficiarios.

También dispuso como objeto del sistema de salud la prestación del servicio de sanidad inherente a las Operaciones Militares y del Servicio Policial como parte de su logística Militar y además brindar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios.

Las personas que gozan de los servicios de este sistema son los afiliados, tanto los sometidos al régimen de cotización como los que no lo están, y los beneficiarios.

El artículo 27 de ese mismo decreto dispuso el Plan de Servicios de Sanidad Militar y Policial- SSMP a los que tendrían derecho tanto los afiliados como los beneficiarios. Así, estableció que tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad. Que, además, el sistema cubrirá la atención integral para sus afiliados y beneficiarios en la enfermedad general y maternidad, en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación. Que, igualmente, tendrán derecho a que el SSMP les suministre dentro del país asistencia médica, quirúrgica, odontológica, hospitalaria, farmacéutica y demás

servicios asistenciales en Hospitales, Establecimientos de Sanidad Militar y Policial y de ser necesario en otras Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud.

- **DEL CASO CONCRETO**

Teniendo en cuenta que la situación de Karol Leonor Cabarcas Mondol y la de su madre, la señora Carlota Mondol Herrera, son diferentes, la Sala considera pertinente estudiarlas de manera separada.

Caso de la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol

En el *sub lite*, se encuentra probado que Karol Leonor Cabarcas Mondol es hija del señor Ramiro Alberto Cabarcas (q.e.p.d.), tal como se demuestra con el registro civil de nacimiento obrante a folio 11 del expediente, y que, mediante Resolución 1917 del 23 de noviembre de 2010, se le reconoció parte de la pensión de sobreviviente de su difunto padre.

Lo anterior significa que Karol Leonor Cabarcas Mondol actualmente se encuentra afiliada al Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía en la modalidad de beneficiaria de pensión por muerte de personal activo. En consecuencia, es claro que sin necesidad de la acción de tutela la menor tiene el derecho de acceder al Plan de Servicios de Sanidad Militar y de Policía. Una concepción diferente sobre este tema implicaría la vulneración del derecho a la salud que tiene la menor demandante. Por lo tanto, la Sala confirmará la tutela del derecho a la salud a favor de Karol Leonor Cabarcas Mondol.

Caso de la señora Carlota Mondol Herrera

En principio, la señora Carlota Mondol no tendría derecho a que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional le preste los servicios de salud que solicita, pues con el fallecimiento de su esposo perdió la calidad de beneficiaria del sistema y lo procedente es la reclamación de la pensión de sobreviviente, teniendo en cuenta que si le asiste el derecho a dicha prestación esa es la forma para que adquiera la calidad de afiliada al SSMP en la modalidad de beneficiaria por pensión de muerte de personal de servicio activo.

En el *sub lite*, la demandante pidió el reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Sin embargo, mediante la Resolución 1917 del 23 de noviembre de 2010, el Subdirector General de la Policía Nacional decidió *“dejar en suspenso el reconocimiento y pago del 35 por ciento por concepto de parte de pensión de sobreviviente y la suma de treinta y seis millones ochocientos noventa y ocho pesos con setenta y seis centavos (\$36.836.898,76), por concepto de cesantías definitivas y compensación por muerte (...).”*

La razón para dejar en suspenso el reconocimiento solicitado por la demandante se encuentra en que otra persona también solicitó el reconocimiento de la misma pensión. En efecto, en la parte motiva de esa resolución se lee *“(...) la parte pensional y prestacional que le puede corresponder a la señoras Carlota Mondol Herrera como Cónyuge, o Marcela Patricia Zapateiro Bonolis como Compañera Permanente, se dejará en suspenso hasta tanto sea definido por autoridad de competente a quien le corresponde dicha cuota.”*

Aunque la demandante no lo invoca, la Sala observa que la falta de decisión, bien sea de manera favorable o desfavorable a los intereses de la demandante, vulnera los derechos de petición y del debido proceso, pues no existe un acto administrativo que decida de manera definitiva la titularidad del derecho a la prestación reclamada.

La resolución 1917 no decidió acerca de si a la actora le asiste o no el derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente. Esa resolución demuestra que se violó el derecho fundamental de petición de la señora Carlota Mondol Herrera.

Considera la Sala que, en este caso, es necesario proteger el derecho de petición porque, de una parte, ha sido vulnerado por la entidad demandada al no resolver de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes y, de otra, tiene relación con la tutela pedida por la demandante, si se tiene en cuenta que la suspensión de los servicios de salud obedeció a la expedición de esa Resolución.

Ahora bien, como se dijo, la señora Carlota Mondol no tendría derecho a que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional le preste los servicios de salud, toda vez que actualmente no tiene la calidad de afiliada ni de beneficiaria del SSMP.

Sin embargo, debido al carcinoma de mama que padece la demandante, la Sala considera necesario garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud. No obstante, para conceder ese amparo sería necesario inaplicar el artículo 2 del Decreto 1795 de 2000, pues en ese artículo se estableció qué personas gozan de esos servicios, entre las que no se encuentra la demandante por no tener la calidad de afiliada ni de beneficiaria. Por lo tanto, deberá verificarse si en este caso se cumplen los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para inaplicar disposiciones legales.

La jurisprudencia constitucional ha admitido la posibilidad de que el juez constitucional inaplique disposiciones legales y de los actos administrativos de carácter general o particular que fueron expedidos con base en aquéllas, cuando se acredite plenamente en cada caso particular la existencia de un perjuicio que (i) produzca de manera cierta y evidente la amenaza grave de un derecho fundamental; (ii) de concretarse el riesgo no sea posible reparar el daño que ello origine; (iii) presente un inminente acaecer; (iv) solo pueda conjurarse mediante la medida de protección, y (v) dada la naturaleza e importancia de los hechos la urgencia de la tutela de los derechos fundamentales amenazados resulte imprescindible¹.

Para la Sala, en este caso se cumplen esos requisitos, pues la falta de prestación de los servicios médicos puede ocasionar un perjuicio irremediable al estado de salud de la demandante, habida cuenta del cáncer que padece y de la necesidad de atenderlo según la prescripción médica dada para el tratamiento.

En este caso, la medida de protección será la continuación de la prestación de los servicios de salud a que tendría derecho la demandante como si fuera beneficiaria del plan de servicios del SSMP. Esa medida se ve como la forma más pertinente para que la demandante pueda tener servicios de salud.

En todo caso, la tutela del derecho a la salud se hará únicamente hasta que el Subdirector General de la Policía Nacional profiera el acto administrativo que decida de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la demandante y ese acto quede en firme. Esto es, el amparo se hace de manera transitoria, con la aclaración de que si ese acto administrativo no es favorable a los intereses de la demandante, ella deberá interponer los mecanismos judiciales

¹ Sentencia T 1231 de 2005.

ordinarios y en tal caso la tutela se mantendrá hasta que éstos se decidan. Si la demandante no hace uso de esos mecanismos, el alcance del amparo sólo será hasta que quede en firme el acto que resuelva de fondo la solicitud de pensión de sobrevivientes.

Sin embargo, para evitar el menoscabo del patrimonio de la Policía Nacional, se ordenará al Subdirector General de la Policía Nacional que, en el término de 5 días siguientes a la notificación de este fallo, resuelva de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la actora.

Finalmente, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional informó que los medicamentos ordenados a la demandante no se encuentran incluidos en el Plan de Servicios de esa entidad y, por tal razón, pidió que se autorizara el recobro ante el Fosyga.

En cuanto a las prestaciones médicas excluidas del plan de servicios correspondiente, la jurisprudencia constitucional ha contemplado las siguientes reglas para la procedencia del amparo mediante sentencia de tutela: (i) que la falta del servicio médico vulnere el derecho a la salud, (ii) que éste no puede ser sustituido por uno previsto en el POS, POS-S o el respectivo plan obligatorio de salud, (iii) que el pago del servicio no pueda ser asumido personalmente por el sujeto interesado y (iv) que éste haya sido ordenado por el médico tratante adscrito a la empresa demandada.

Para la Sala, en este caso se cumplen los requisitos antes mencionados, pues los medicamentos son necesarios para tratar el hipotiroidismo y la obesidad que padece la demandante; fueron ordenados por el profesional de la salud que conoció del caso y, además, ese profesional se encuentra adscrito a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, tal como consta en la fórmula médica ambulatoria que obra en el folio 14 del expediente.

Asimismo, la demandante aseguró no contar la capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos, afirmación que no fue desvirtuada por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional y, por ende, se tendrá como cierta.

Por las anteriores razones, la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional deberá entregar a la demandante el medicamento no incluido en el plan de salud.

Ahora bien, respecto a la autorización del recobro ante el Fosyga pedido por la entidad demandada, la Sala reitera su posición² sobre la improcedencia de dicha petición debido a que el sistema de seguridad social en salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional fue exceptuado del Sistema Integral de Seguridad Social. De hecho, ese sistema está regulado, principalmente, por la Ley 352 de 1997 y el Decreto 1795 de 2000 y, en ninguna de las normas, se encuentra previsto que las entidades encargadas de prestar el servicio de salud puedan repetir contra el Fosyga cuando los medicamentos, servicios médicos y demás prestaciones de salud no estén incluidos en el POS de dicho régimen. Por esa razón, la Sala negará la autorización pedida.

En conclusión, la Sala modificará el fallo impugnado de la siguiente manera: respecto de la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol confirmará la tutela del derecho a la Salud y se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional que preste los servicios médicos correspondientes al Plan de Servicios de esa entidad. Y respecto de la señora Carlota Mondol Herrera, la Sala amparará los derechos fundamentales de petición y de salud. En consecuencia, ordenará al Subdirector General de la Policía Nacional que, en el término de 5 días, contados a partir de la notificación de este fallo, resuelva de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la actora. En todo caso, no podrá dar una respuesta igual a la emitida en la resolución 1917 del 23 de noviembre de 2010. También se ordenará al Director de Sanidad de la Policía Nacional que preste los servicios médicos requeridos por la señora Carlota Mondol Herrera conforme al Plan de Servicios de esa entidad. Igualmente, deberá entregar los medicamentos ordenados por el médico tratante de la señora Carlota Mondol en la fórmula médica 134153 del 2 de enero de 2011. Finalmente, se negará el recobro ante el Fosyga.

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

III. FALLA

Modifícase el fallo impugnado en el siguiente sentido:

² Al respecto, ver la sentencia del 25 de noviembre de 2010, expediente No. 17001 23 31 000 2010 90362-01

Primero: Tutélase el derecho a la salud de la menor Karol Leonor Cabarcas Mondol. En consecuencia, **ordénase** al Director de Sanidad de la Policía Nacional que preste los servicios médicos correspondientes al Plan de Servicios de esa entidad.

Segundo: Tutélanse los derechos fundamentales de petición y de salud de la señora Carlota Mondol Herrera. En consecuencia,

- **Ordénase** al Subdirector General de la Policía Nacional que, en el término de 5 días, contados a partir de la notificación de este fallo, resuelva de fondo la solicitud de pensión de sobreviviente presentada por la actora. En todo caso, no podrá dar una respuesta igual a la emitida en la resolución 1917 del 23 de noviembre de 2010.
- **Inaplíquese** el artículo 2 del Decreto 1795 del 2000 de manera transitoria y sólo para el caso particular y concreto de la señora Carlota Mondol Herrera. En consecuencia, **ordénase** al Director de Sanidad de la Policía Nacional que en los términos establecidos en la parte motiva de esta providencia preste los servicios médicos requeridos por la señora Carlota Mondol Herrera conforme al Plan de Servicios de esa entidad. Igualmente, **deberá** entregar los medicamentos ordenados por el médico tratante de la señora Carlota Mondol en la fórmula médica 134153 del 2 de enero de 2011

Tercero: Niégase la autorización del recobro ante el Fosyga solicitado por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Cuarto: Remítase el expediente a la Corte Constitucional para lo de su cargo.

Cópiese, notifíquese y cúmplase

La anterior providencia fue estudiada y aprobada en sesión de la fecha.

**MARTHA TERESA BRICEÑO DE VALENCIA
BASTIDAS BARCENAS**

HUGO FERNANDO

Presidente de la Sección

**WILLIAM GIRALDO GIRALDO
DE RODRIGUEZ**

CARMEN TERESA ORTIZ