

Sentencia T-540/02

DERECHO A LA SALUD DE MENORES Y PERSONAS DE LA TERCERA EDAD-Fundamental

El derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente.

ACCION DE TUTELA DE UN DERECHO PRESTACIONAL-Requisitos concurrentes

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Suministro de tratamiento o medicamento excluido del POS

ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Repetición contra el Fosyga

DERECHO A LA SALUD-Suministro de medicamentos excluidos del vademécum oficial del Ejército

SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL-No se aplica a miembros de Fuerzas Militares ni Policía Nacional/DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR-No puede ser catalogada como EPS

La Ley 100 de 1993 establece que el Sistema General de Seguridad Social contenido en dicha ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. 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.

DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR-Tiene régimen especial/DIRECCION GENERAL DE SANIDAD MILITAR-No puede repetir contra el Fosyga por tener régimen especial

Referencia: expediente T-576671. Acción de tutela promovida por Beatriz Gómez de Amézquita en representación de Mercedes Peralta Viuda de Gómez, contra la Dirección General de Sanidad Militar.

Magistrada Ponente:

Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Bogotá, D. C., dieciocho (18) de julio de dos mil dos (2002).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ, JAIME ARAÚJO RENTERIA y ALFREDO BELTRÁN SIERRA, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución Política y en el decreto 2591 de 1991, dicta la siguiente

SENTENCIA

Relacionada con la revisión de los fallos adoptados por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 3 de diciembre de 2001, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 14 de febrero de 2002, en razón de la acción de tutela presentada por Beatriz Gómez Amézquita, como agente oficiosa de su señora madre Mercedes Peralta de Gómez, contra la Dirección General de Sanidad Militar.

I. ANTECEDENTES

1. Fundamentos de la acción.

La ciudadana BEATRIZ GÓMEZ DE AMÉZQUITA, actuando como agente oficiosa de su señora madre MERCEDES PERALTA DE GÓMEZ, de 87 años de edad e imposibilitada físicamente para actuar por sí misma, mediante demanda dirigida al Tribunal Contencioso Administrativo de Norte de Santander interpuso acción de tutela contra la Dirección General de Sanidad Militar, con el fin de que se le protegieran a su representada los derechos a la igualdad, asistencia y protección a las personas de la tercera edad, a la seguridad social y a la salud, los cuales estimó conculcados por los siguientes hechos:

1. La señora MERCEDES PERALTA DE GÓMEZ es beneficiaria por sustitución de la asignación de retiro de su esposo, sargento RENE GÓMEZ ATUESTA, fallecido hace 30 años, la cual asciende a la suma mensual de \$377.000,00, la que utiliza para el pago de arriendo, vestuario y alimentación. Está afiliada a la Dirección General de Sanidad Militar (EPS) y desde

hace varios años padece de osteoporosis y dolores crónicos que obligan a una atención médica especializada, la que no le ha sido prestada por el dispensario médico militar, pues la consulta es atendida por médicos generales que le formulan únicamente “calmantes”.

1. Dado el grave estado de salud de su madre, dice la accionante, solicitó consulta urgente con un especialista y éste le formuló una serie de drogas que no fueron suministradas por la droguería del hospital con el pretexto de que era muy costosa y no la tenían. El 19 de noviembre de 2001, le practicaron varios exámenes de laboratorio y el médico le recetó otros medicamentos que tampoco fueron suministrados por Sanidad Militar, pues efectivamente el costo de las medicinas ascendía a la suma de \$800.000,00 y, según el médico tratante, la paciente debía “repetir” el consumo de los medicamentos, algunos de ellos “de por vida”.

1. La señora PERALTA DE GÓMEZ sufre de hipertensión pero nunca ha recibido droga para tratarle esa enfermedad. Los dolores crónicos que padece nunca le han sido atendidos y, por esa razón, para el momento de la formulación de la tutela, se encontraba sumamente enferma, grave, sin poderse valer por sus propios medios.

1. La Jefe de Sección del Dispensario, aunque estaba dispuesta a colaborar, manifestó que era totalmente imposible porque “no hay presupuesto para ordenar la expedición de la droga”.

La actora acompañó a la demanda fotocopias de la cédula de ciudadanía de su madre y del carné de servicios de salud expedido a nombre de ésta por la Dirección General de Sanidad Militar y de varias fórmulas médicas (ilegibles). Igualmente fotocopia de un comprobante de pago de la asignación de retiro que por sustitución recibe la señora PERALDA VIUDA DE GÓMEZ, del mes de septiembre de 2001, en el que se lee que recibe como suma neta por ese concepto \$377.548,00.

2. Respuesta de la entidad accionada.

El Teniente Coronel DIEGO YESID SÁNCHEZ RUÍZ, Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 “Maza”, se pronunció sobre la solicitud de amparo, de la siguiente manera:

1. La Dirección General de Sanidad Militar, a través del Establecimiento de Salud Militar (E.S.M.) del Grupo Maza, ubicado en la ciudad de Cúcuta, presta los servicios de salud a todos los afiliados y beneficiarios.

1. La Dirección General de Sanidad Militar, dijo el oficial, “es una EPS (sic) regida por la Ley 352 de 1997”. El Decreto 1795 de 2000 y sus Acuerdos reglamentarios establecen el Plan de Servicios de Sanidad Militar. Sanidad Militar cuenta con un Plan Obligatorio de Salud (POS), contenido en los Acuerdos reglamentarios y en el vademécum oficial de medicamentos.

1. La señora MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ presenta complicaciones propias de su edad: enfermedad hipertensiva (tensión alta); osteoartalgias (dolor en las articulaciones); arteropatía sistémica (depósitos de grasa en las arterias que se van generando a lo largo de la vida y hacen que el sistema circulatorio sea más lento). Enfermedades éstas que son tratadas con analgésicos, antihipertensivos (medicamentos para el dolor) y que son de carácter crónico, es decir, irreversibles.

1. La última consulta de la señora PERALTA había sido el 31 de julio de 2002. Sólo hasta el 16 de noviembre siguiente se solicitó valoración por un especialista por cuanto presentaba “vasculitis” (inflamación y coloración roja en las manos). Fue atendida efectiva e inmediatamente por un especialista con amplia experiencia en geriatría, quien le formuló “Ciprofloxacina, Gingobiloba, plavis (clopidrogel) ticortil y Decadron”, de los cuales le fueron suministrados la Ciprofloxacina, Gingobiloba y Decadron esenciales para la enfermedad que la aquejaba en ese momento, pero no los restantes por no estar contenidos en el Plan Obligatorio de Salud vademécum oficial del Ejército.

1. El 19 de noviembre de 2001, en una segunda consulta con el mismo especialista en geriatría, éste le recetó a la señora PERALTA DE GÓMEZ los medicamentos “EVISTA (clorhidrato de raloxifeno modulador del receptor de estrógeno, hormonas femeninas utilizado especialmente en la prevención de osteoporosis lo cual hace que su consumo sea selectivo no obligatorio como tratamiento de la enfermedad) y adicionó otro antibiótico a la formula Unasyn (Ampicilina - Sulbactas genérico)”, y el médico le explicó a los familiares de la paciente que algunos de estos medicamentos no se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, por lo cual deberían adquirirlos por su cuenta, ante lo cual manifestaron “estar de acuerdo”.

Con fundamento en lo anterior, el oficial SÁNCHEZ RUÍZ afirmó que el “Establecimiento de la Unidad Militar del Grupo Maza” estaba prestando los servicios de salud a la madre de la accionante, dentro de los derechos que ésta tenía como usuaria y las obligaciones que a la Dirección de Sanidad Militar le correspondían como Empresa Promotora de Salud, y en ningún caso se le había negado la atención médica.

II. LOS FALLOS MATERIA DE REVISION

1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, en sentencia de 3 de diciembre de 2001, negó la tutela solicitada por considerar que no se había allegado prueba demostrativa de que los medicamentos que le formuló el médico tratante a la señora MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ ,los días 16 y 19 de noviembre de 2001 y que no estaban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, fueran indispensables para la preservación de su salud y que por tanto su no suministro pusiera en peligro la vida de la paciente.

Agregó el Tribunal que si bien en el caso concreto se trataba de una persona de la tercera edad, las fotocopias de la historia clínica allegada por la entidad tutelada demostraban que la paciente había recibido atención médica, hospitalaria y farmacológica, e igualmente que se le habían practicado exámenes y diagnósticos, todo lo cual permitía concluir que no habían sido vulnerados ni amenazados los derechos invocados en la demanda.

Finalmente, sostuvo la primera instancia que en materia de salud, de tratamientos indicados, diagnósticos y todo lo concerniente a aspectos técnico-científicos, por no ser asuntos de carácter jurídico sino médico, el juez de tutela sólo podía estarse a lo que el profesional de la materia dictaminara y no le era dable en manera alguna omitir o contradecir su concepto.

2. Impugnación.

Notificada de la sentencia, la agente oficiosa la impugnó.

Consideró la impugnante que resultaba inexplicable y “peligrosa” la posición asumida por el juez colegiado de tutela en el fallo, pues los fundamentos de la negación del amparo propiciaban y ahondaban aún más la precaria situación a la que se había visto sometida su madre, mujer de avanzada edad, sin bienes de ninguna naturaleza, gravemente enferma y sin esperanzas de preservar su vida por la falta de los medicamentos que requería, costosos por demás.

Cuestionó la recurrente que el juez de tutela no formulara reparo alguno al hecho de que las drogas formuladas los días 16 y 19 de noviembre de 2001 a su progenitora, no le fueran suministradas satisfactoriamente, excusándose la EPS accionada en que no estaba obligada a suministrar los medicamentos, pues a consecuencia de ello la enferma estuvo a punto de “perder los dedos de su manos”, dada la tardanza en la consecución de la droga por su parte debido a su alto costo, a más de que el médico tratante manifestó que la vida de la paciente corrió grave peligro en la medida en que pudo desarrollar una gangrena.

Afirmó la impugnante que el “Tilcoltil” y “Plavis”, eran indispensables para el tratamiento de la enfermedad de su madre, pues la primera era para “dolores fuertes” y la segunda para el corazón, y las demás drogas realmente no eran inocuas por cuanto fueran formuladas por el médico.

Precisó la agente oficiosa que efectivamente, como lo afirmó el Tribunal, no existía constancia médica que expresara que el no suministro de los medicamentos conduciría inexorablemente a su madre a la muerte, pero también era cierto que si no se le suministraban conforme a lo ordenado “por la ciencia médica”, ésta corría inminente peligro de perder la vida.

3. Segunda instancia.

El Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, mediante providencia de 14 de febrero de 2002, confirmó el fallo impugnado, por las razones que se sintetizan así:

la demandante alegaba que su señora madre padecía de osteoporosis y dolores crónicos que requerían una atención médica especializada, pero era necesario que al menos proporcionara al juez la certeza de que existía la enfermedad y que así fue diagnosticada por un médico competente. Sin embargo, el estudio del proceso ponía de presente que las afirmaciones de la actora no se encontraban probadas y, por el contrario, aparecían como ciertas las sostenidas por la entidad demandada.

Así, no existía prueba de la enfermedad que señalaba la accionante y para cuyo tratamiento requería el suministro de “Plavis” y “tilcoltil”. En cambio, la entidad demandada sí probó que la paciente sufría de dolencias propias de las personas de su edad, enfermedades de las que aseguraba eran irreversibles y debían ser tratadas con analgésicos y antihipertensivos, los que efectivamente le fueron entregados. Igualmente, la demandada probó que se le había prestado la atención médica que había requerido. Adicionalmente, en el escrito de impugnación la actora manifestó que los medicamentos solicitados eran necesarios para los dolores fuertes y para el corazón, lo cual era contrario a lo expuesto en la demanda inicial en el sentido de que los medicamentos eran esenciales para el tratamiento de la osteoporosis.

Finalmente, consideró el Consejo de Estado que tratándose de asuntos que tenían que ver con la salud de las personas, no podía invocarse la aplicación de la lógica médica por parte del juez de tutela, como lo hacía la accionante. Por el contrario, era necesario que existieran elementos claros que le permitieran determinar sin duda alguna el estado grave de salud que aquejara a una persona cuando éste era alegado como fundamento para pedir la protección de los derechos fundamentales, tal y como ocurría en el caso bajo examen.

III. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de

instancia ya referenciados, de acuerdo con lo consagrado en los artículos 86 y 241 de la Carta Política, y en el Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la acción de tutela.

2. La acción de tutela y su procedencia respecto del derecho a la salud, fundamental cuando se trata de personas de la tercera edad y por conexidad con el derecho fundamental a la vida digna. Suministro de medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Reiteración de jurisprudencia.

La revisión de los fallos de tutela adoptados en el presente asunto, tiene como propósito exclusivo el de aplicar a la jurisprudencia constitucional relacionada con la protección del derecho fundamental a la salud por vía de la acción de tutela, en razón de la naturaleza de derecho fundamental que adquiere cuando se trata de personas de la tercera edad y por su conexidad con la vida digna, los cuales resultan vulnerados cuando a su titular no se le suministran medicamentos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, no obstante haber sido formulados por un médico tratante adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado.

Por consiguiente, la Sala reseñará los apartes pertinentes de la jurisprudencia de la Corporación en ese sentido y, seguidamente, analizará el caso concreto.

2.1. El derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad e igualmente por conexidad con la vida digna.

Ha dicho la Corte que el derecho a la salud es fundamental respecto de menores y de personas de la tercera edad en razón de su condición de vulnerabilidad que requiere de una especial atención y consideración como la misma Carta Política lo reconoce al consagrar derechos especiales que los protegen prioritariamente¹.

En ese sentido, los criterios desarrollados por la Corte son: a) La persona debe poseer un derecho subjetivo a la prestación que solicita y por tanto, la posición jurídica que detenta le permite exigirle a otra el cumplimiento de la obligación; b) El derecho que se reclama debe estar en conexión directa con un derecho reconocido como fundamental; c) no debe existir otro medio de defensa judicial o, de existir éste, no es idóneo para evitar la consumación de un perjuicio irremediable².

En cuanto a la vida digna, se ha afirmado por la Corte que el derecho a la vida no es un concepto restrictivo que se limita solamente a la idea reducida de peligro de muerte, sino que se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna³.

2.2. Se deben inaplicar los preceptos legales y reglamentarios que excluyen medicamentos del Plan Obligatorio de Salud, cuando tal exclusión vulnera o pone en peligro derechos fundamentales.

La Corte, en forma por demás reiterada, ha considerado que en aquellos casos que en los que la salud y la vida de un individuo se encuentren seriamente comprometidas sino se efectúa un procedimiento quirúrgico o no se suministra un medicamento, por ejemplo, con la excusa de que éstos se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud por así disponerlo una norma legal o reglamentaria, el juez de tutela, con fundamento en el artículo 4º de la Constitución Política, deberá inaplicarla⁴.

Desde luego, esta Corporación ha precisado que para la inaplicación del precepto legal o reglamentario deben estar demostrados algunos requisitos y en tal virtud la EPS queda obligada a la prestación del servicio. Esas exigencias se reducen básicamente a que: (i) la falta del medicamento o tratamiento excluido, vulnere o amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal de la persona; (ii) que el fármaco o procedimiento no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del Plan, siempre y cuando el nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente; (iii) el paciente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, así como que el enfermo no pueda acceder a ellos por ningún otro sistema o plan de salud; (iv) que el medicamento o tratamiento haya sido formulado o dispuesto por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el enfermo⁵.

Y, finalmente, ha puntualizado la Corte Constitucional que la Empresa Promotora de Salud tiene todo el derecho a reclamar al Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), el pago de los

costos en que incurra por la prestación del servicio (entrega de medicamentos, ejecución de procedimientos quirúrgicos, etcétera), pues de ese modo se preserva el equilibrio financiero⁶.

3. El caso materia de revisión.

Observa la Sala Novena de Revisión que al momento de pronunciarse sobre la solicitud de amparo formulada, tanto el Tribunal Administrativo de Norte de Santander como el Consejo de Estado se preocuparon por analizar con el detenimiento que estimaron necesario, las manifestaciones de la agente oficiosa referidas a su personalísimo criterio sobre las calidades que debían ostentar el médico tratante de su madre enferma (médico especializado), así como la clase de medicamentos que le eran suministrados para las enfermedades que dijo padecía la señora MERCEDES PERALTA (calmantes para sus dolores crónicos y para la osteoporosis). Esto explica porque el argumento vertebral para negar la tutela consistió en que no podía invocarse la aplicación de la lógica médica por parte del juez de tutela tratándose de asuntos que tenían que ver con la salud de las personas, o, lo que es lo mismo, que el juez debe aceptar la opinión del profesional de la medicina sobre el caso, sin derecho a refutársela.

La Corte Constitucional ciertamente ha señalado y reiterado que en tales casos el juez de tutela debe atender el criterio del médico tratante⁷. Sin embargo, en el caso concreto no podía dejarse de lado que el propio representante de la entidad demandada reconoció que a la señora MERCEDES PERALTA, el médico tratante, adscrito a la EPS, los días 16 y 19 de noviembre de 2001, le formuló a la mencionada varios medicamentos y ocurrió que algunos de ellos no le fueron suministrados por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud o “vademécum oficial del Ejército”, de modo que, era a partir de ese hecho, probado en el expediente por así haberlo corroborado el representante de la entidad accionada, que debía dilucidarse si a la madre de la actora se le podrían estar vulnerando sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

Al enderezarse de esa manera el análisis y de acuerdo con los elementos de juicio que obran en el expediente, la Sala observa que la señora MERCEDES PERALDA VIUDA DE GÓMEZ es una mujer de la tercera edad que presenta patologías propias de esa condición, y que si bien la entidad accionada no le ha negado la prestación del servicio médico que ha requerido, los

derechos fundamentales a la salud y a la vida digna le han sido quebrantados al negársele el suministro de la totalidad de los medicamentos o fármacos que su médico tratante le ha formulado.

En efecto. Sin contrariar a la lógica y el normal y común desenvolvimiento de las cosas, es perfectamente claro que cuando un médico dispone un procedimiento quirúrgico o receta a su paciente un medicamento, lo hace porque en su opinión y como profesional de la medicina, éste o aquél son indispensables o necesarios para lograr, o por lo menos intentar, la recuperación de la salud del enfermo, pues bien extraño y contrario a la ética que le corresponde observar, será que el médico ordene el procedimiento o formule la droga cuando su paciente no lo requiere o no es absolutamente necesaria, situación que, valga decirlo, difícilmente podrá consolidarse si se tiene en cuenta que esa actuación del galeno afecta los intereses patrimoniales de la Empresa Promotora de Salud a la cual presta sus servicios.

Debe recordarse que al responder a la demanda de tutela, el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 Maza, afirmó que a la señora MERCEDES PERALTA, un especialista con amplia experiencia en geriatría, le formuló “Ciprofloxacina, Gingobiloba, plavis (clopidrogel) ticortil y Decadron”, de los cuales le fueron suministrados la Ciprofloxacina, Gingobiloba y Decadron esenciales para la enfermedad que la aquejaba en ese momento, pero no los restantes (plavis y ticortil) por no estar contenidos en el Plan Obligatorio de Salud o vademécum oficial del Ejército. Igualmente, sostuvo el militar que el 19 de noviembre de 2001, en una segunda consulta con el mismo especialista en geriatría, éste le recetó a la señora PERALTA los medicamentos “EVISTA (clorhidrato de raloxifeno modulador del receptor de estrógeno, hormonas femeninas utilizado especialmente en la prevención de osteoporosis lo cual hace que su consumo sea selectivo no obligatorio como tratamiento de la enfermedad), y otro antibiótico denominado “Unasyn (Ampicilina - Sulbactas genérico)”, explicándoles a los familiares de la paciente que “algunos” de estos medicamentos no se encontraban en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, por lo cual deberían adquirirlos por su cuenta, ante lo cual manifestaron “estar de acuerdo”.

Esas explicaciones le permiten a la Sala, en principio, reprobar la actitud asumida por la accionante al manifestar en la demanda que la droga no fue suministrada porque en la dependencia respectiva de la entidad accionada se le argumentó que “era muy cara y ellos

no la tienen”, y que la Jefe de Sección le dijo que “es totalmente imposible hacer algo pues no hay presupuesto para ordenar la expedición de la droga”, pues la realidad no fue otra que algunos de los medicamentos no fueron suministrados simple y llanamente por estar excluidos del Plan Obligatorio de Salud o vademécum oficial.

En segundo lugar, existe certeza en cuanto a que a la señora madre de la accionante no se le suministraron los medicamentos denominados “plavis y “ticortil” ordenados el 16 de noviembre, pero al mismo tiempo se desconoce cuales de los medicamentos recetados en la consulta del día 19 del mismo mes no le fueron suministrados a la paciente por estar excluidos en el Plan Obligatorio de Salud o “vademécum oficial”.

De acuerdo con todo lo anterior, la Sala puede afirmar que se satisfacen los presupuestos que la doctrina constitucional de esta Corte ha señalado para que se inaplique la reglamentación que excluye los medicamentos que requiere la señora MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ, pues esa exclusión amenaza realmente la preservación de su salud e impide que lleve una vida digna, ya que en razón de su precaria situación económica no puede adquirir los medicamentos formulados por su médico tratante adscrito a la EPS accionada. Por consiguiente, se revocarán los fallos materia de revisión y se concederá el amparo solicitado.

En cuanto a la exigencia referida a que los medicamentos excluidos no pueda ser sustituidos por otros, como bien se desprende de todo lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el proceso no informa nada concreto al respecto y, como quiera que tampoco existe certeza acerca de cuáles fueron los medicamentos excluidos del POS que no fueron suministrados a la señora MERCEDES PERALTA el día 19 de noviembre de 2001, y, además, que por el tiempo transcurrido pueden haber variado las condiciones de la enferma, la Sala considera que la orden a impartir para proteger efectiva y materialmente los derechos de la mencionada, debe consistir en ordenar a la Dirección General de Sanidad Militar, Establecimiento de Salud Militar del Grupo Maza, con sede en la ciudad de Cúcuta que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, de acuerdo con lo que disponga el médico tratante de la afiliada MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ, suministre a ésta los medicamentos que el médico le formule y estén excluidos del Plan Obligatorio de

Salud o vademécum oficial del Ejército, y que no puedan ser sustituidos por otros igualmente eficaces que si se hallen incluidos dentro del mencionado Plan, en la cantidad que señale el profesional y las veces que éste así lo disponga, para cuyos efectos la Sala expresamente inaplicará las normas del Decreto 1795 de 2000 y aquellas pertinentes contenidas en los “Acuerdos” Reglamentarios del Plan o Vademécum oficial referido.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, verificará en su oportunidad el cumplimiento de la orden.

Por ultimo, la jurisprudencia de la Corporación, en casos como el que se revisa, ha dispuesto expresamente que la Empresa Promotora de Salud puede reclamar contra el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga), por el pago de los sobrecostos en que incurra por el cumplimiento de la orden que se le imparte en el fallo de tutela. De modo que, es necesario examinar si es jurídicamente viable adoptar igual determinación en el presente caso.

En la Sentencia SU- 480 de 19978, la Sala Plena de la Corte Constitucional determinó que las Empresas Promotoras de Salud podían repetir contra el Estado por medicamentos que no figuraran en los listados del Plan Obligatorio de Salud. Se explicó y argumentó que entre la EPS y el Estado existe una relación contractual en la que aquella sólo tiene obligación de lo especificado, de lo que el Estado le delegó dentro de reglas puntuales, luego, si se va más allá de lo reglado, es justo que el costo del medicamento sea sufragado, mediante repetición, por el Estado, y el dinero el dinero debe salir del Fondo de Solidaridad y Garantía, creado e inspirado en el principio constitucional de la Solidaridad, de la subcuenta que fuera del caso. Esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada de manera uniforme por la distintas Salas de Revisión.

Sin embargo, en este caso ocurre que la acción de tutela se interpuso contra la Dirección General de Sanidad Militar, y si bien el Comandante del Grupo de Caballería Mecanizado No. 5 “Maza”, con sede en Cúcuta, al responder a la demanda afirmó que esa Dirección es una “Empresa Promotora de Salud”, tal afirmación es incorrecta.

La Ley 100 de 1993 establece que el Sistema General de Seguridad Social contenido en dicha ley no se aplica a los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional (artículo 279). Por esta razón, el Legislador expidió la Ley 352 de 1997, mediante la cual reestructuró el Sistema de Salud y dictó otras disposiciones en materia de Seguridad Social para las Fuerzas

Militares y la Policía Nacional, en la que en su artículo 9º consagra:

“Dirección General de Sanidad Militar. Créase la Dirección General de Sanidad Militar como una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será el administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares”

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 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 de la

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.

IV. DECISION.

En mérito de lo expuesto, la Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

Primero: REVOCAR las sentencias dictada por el Tribunal Administrativo de Norte de Santander el 3 de diciembre de 2001, y por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección A, el 14 de febrero de 2002, mediante las cuales negaron la acción de tutela presentada por Beatriz Gómez Amézquita, como agente oficiosa de su señora madre MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ, contra la Dirección General de Sanidad Militar -ESP-. En su lugar, se CONCEDE el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de la señora PERALTA VIUDA DE GÓMEZ.

Segundo: ORDENAR, en consecuencia, a la Dirección General de Sanidad Militar, a través del Establecimiento de Salud Militar del Grupo Maza, con sede en la ciudad de Cúcuta que, dentro del término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente sentencia, de acuerdo con lo que disponga el médico tratante de la afiliada MERCEDES PERALTA VIUDA DE GÓMEZ, suministre a ésta los medicamentos que el médico le formule que se encuentren excluidos del Plan Obligatorio de Salud o vademécum oficial del Ejército, y que no puedan ser sustituidos por otros igualmente eficaces que sí se encuentren dentro del mencionado Plan, en la cantidad que señale el profesional y las veces que éste así lo disponga. Por consiguiente, se inaplican las disposiciones pertinentes del Decreto 1795 de 2000, y demás Acuerdos Reglamentarios del aludido Plan o Vademécum Oficial de Servicios.

El Tribunal Administrativo de Norte de Santander, verificará en su oportunidad el cumplimiento de la orden.

Tercero: ORDENAR que por la Secretaría de la Corporación se dé cumplimiento a lo previsto en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada Ponente

JAIME ARAÚJO RENTERIA

Magistrado

ALFREDO BELTRÁN SIERRA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Sentencias SU-819 de 1999. M. P. Álvaro Tafur Galvis, y T001 de 2000. M. P. José Gregorio Hernández, entre otras.

2 Sentencia T-348 de 1997 M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

3 Sentencia T-096 de 1999

4 Sentencia T-150 de 22 de febrero de 2000. M. P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 Sentencias SU-480 de 1997; T-236 de 1998 ; T-283 de 1998, T-560 de 1998 y T-409 de 2000.

6 Sentencias SU-480 de 1997 y T-1018 de 2001, entre otras.

8 M. P. Alejandro Martínez Caballero.