

DERECHO A LA SALUD-Carácter excepcional del suministro de tratamientos médicos excluidos del POS

ACCION DE TUTELA CONTRA ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD-Reglas de procedencia para ordenar suministro de medicamentos excluidos del POS

SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL-Sostenibilidad financiera no es excusa para vulnerar el derecho a la igualdad real de los coasociados

INAPLICACION DE NORMAS DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD-Improcedencia cuando solicitante no se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta

Quienes por su condición económica, física o mental no se encuentran en estado de debilidad manifiesta, deben someterse a las condiciones establecidas por el Sistema de Seguridad Social, entre ellas que deberán atender con sus propios recursos o los de su grupo familiar, los requerimientos en materia de salud no previstos en el Plan Obligatorio

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Inexistencia

Hay inexistencia de temeridad cuando hay una adecuada justificación de la segunda tutela y condiciones fácticas totalmente distintas por que se trata de: (i) hechos que no hayan ocurrido antes; (ii) o que estos no hayan sido conocidos por el actor al momento de la primera tutela; (iii) que los nuevos hechos afecten la vida biológica o las condiciones mínimas de sobrevivencia de la persona.

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Debe analizarse en cada caso en concreto/ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Improcedencia de la sanción

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Demostración plena con sujeción al debido proceso

Referencia: expediente T-1451885

Acción de tutela instaurada por Hilda María Marentes de Córdoba contra Famisanar EPS

Magistrado Ponente:

Dr. ALVARO TAFUR GALVIS

Bogotá, D. C., primero (1) de febrero de dos mil siete (2007).

La Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Clara Inés Vargas Hernández, Jaime Araujo Rentería y Álvaro Tafur Galvis, en ejercicio de su competencia constitucional y legal, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en el proceso de revisión de los fallos adoptados por los Jueces Sesenta y Uno Penal Municipal y Catorce Penal del Circuito ambos de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada por Hilda María Marentes de Córdoba contra Famisanar EPS.

I. ANTECEDENTES

La accionante reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, porque la entidad accionada se niega a suministrarle el Dispositivo CPAP Nasal formulado por su médico tratante.

Según las pruebas allegadas al expediente, se pueden tener como ciertos los siguientes hechos:

* La señora Hilda María Marentes de Córdoba, de 59 años de edad, cotiza al Sistema General de Seguridad Social en Salud, a través de la EPS Famisanar, desde el 1° de abril de 1997.

* A la accionante, quien padece de asma, le fue diagnosticado Síndrome de Apnea Hipopnea Obstructivo del Sueño Severo, mediante examen practicado el 29 de abril de 2006, en acatamiento de la orden emitida por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, según fallo de tutela proferido el 28 de marzo de 2006.

* El 8 de junio de 2006, el médico tratante prescribió que la accionante requiere utilizar el Dispositivo CPAP Nasal a presión de 12 cms de agua, para mejorar su estado de salud.

* El 15 de junio de 2006, la entidad accionada le negó a la actora el suministro del CPAP NASAL, por ser “ SERVICIOS Y SUMINISTROS NO POS” señalando que la misma “DEBE ASUMIR EL COSTO TOTAL DE LOS SERVICIOS”.

2. Pruebas

En el expediente obran, entre otros, los siguientes documentos:

-Fotocopias de la cédula de ciudadanía y del Carné de afiliación a la EPS de Famisanar, expedidos a nombre de Hilda María Marentes de Córdoba.

-Fotocopia de la Historia Clínica que da cuenta de los padecimientos de la accionante.

-Fotocopia del fallo de tutela, proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá el 28 de marzo de 2006, que ordena a Famisanar EPS practicar a la accionante el examen denominado Polisomnograma en Titulación CPAP.

-Fotocopia del resultado del examen practicado el 29 de marzo de 2006, que da cuenta de que la señora Marentes de Córdoba padece de “Síndrome de Apnea Hipopnea Obstrutivo del Sueño Severo”.

-Fotocopia de la orden médica, emitida el 8 de junio de 2006, que prescribe a la actora la utilización del dispositivo CPAP, a presión de 12 centímetros de agua.

-Fotocopia del formato de negación de servicios de salud y o medicamentos, proferido por Famisanar EPS, el 14 de junio de 2006, porque el Dispositivo prescrito por el médico tratante de la actora no está incluido en el Plan Obligatorio de Salud.

3. La demanda

La señora Hilda María Marentes de Córdoba instaura acción de tutela, con el fin de que el juez constitucional le ordene a Famisanar EPS suministrarle el Dispositivo que le fue

ordenado, para tratar el Síndrome de Apnea Hipopnea Obstructivo del Sueño que padece.

Manifiesta la actora que se encuentra afiliada a la EPS accionada, desde el 1° de abril de 1997 y que, desde entonces, ha atendido cumplida y estrictamente el pago de sus aportes.

Afirma que desde hace 30 años sufre de asma persistente severa, que está siendo tratada con medicamentos y que “hace aproximadamente un año empecé a tener crisis cada 2-3 meses con síntomas nocturnos, congestión nasal y secreción constante mucoide”.

Indica que, dadas las complicaciones de su estado de salud, su médico tratante le ordenó la práctica de un Polisomnograma en Titulación CPAP Nasal, el que la EPS accionada inicialmente no autorizó y que, más adelante, debió practicar, en acatamiento de la orden del Juez Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá proferida el 28 de marzo de 2006.

Asegura que mediante el fallo de tutela a que se hace mención, fue protegido su derecho a “que me fueran practicados los exámenes pertinentes y adicionalmente que fueran atendidas todas las necesidades posteriores que resultaran necesarias como consecuencia de dichos exámenes, incluido el eventual suministro del CPAP con el fin de corregir la apnea hipopnea de la cual sufro”; como quiera que el juez de amparo “ordenó a FAMISANAR EPS que me fuera autorizado el examen (...) y se estimaron procedentes todas mis pretensiones”.

Relata que la EPS accionada autorizó el examen, que fue realizado el 29 de abril del 2006 por la Fundación Neumológica Colombiana y da cuenta de que la actora padece Síndrome de Apnea Hipopnea Obstructivo de Sueño Severo.

Señala que, no obstante el resultado del examen y las prescripciones de su médico tratante, la EPS accionada se niega a suministrar el Dispositivo CPAP Nasal, vulnerando su derecho a la salud.

4. Respuesta de la entidad accionada

En memorial allegado al expediente de tutela, la apoderada general de la sociedad EPS Famisanar LTDA solicita que se declare improcedente la acción que se revisa, porque constituye una actuación temeraria, toda vez que “versa sobre los mismos hechos y derechos de la acción que fue presentada ante el Juzgado Veintisiete (sic) Penal Municipal”,

cuyo fallo del 28 de marzo de 2006 fue cumplido a cabalidad por esta EPS.

Además, la interviniente señala que la señora Marentes de Córdoba se encuentra afiliada al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud y declara un ingreso base de cotización de un millón treinta siete mil pesos (\$1'137.000.00), es decir que la misma puede sufragar el costo del alquiler mensual del C-PAP que oscila entre doscientos mil (\$200.000.00) a doscientos cincuenta mil pesos (250.000.00).

1. Decisiones judiciales objeto de revisión

5.1. Fallo de primera instancia

El Juzgado Sesenta y Uno Penal Municipal de Bogotá, en Sentencia del 18 de junio del 2006, niega a la actora la protección invocada, por considerar que la señora Marentes de Córdoba tiene capacidad económica para sufragar el costo del Dispositivo prescrito por su médico tratante, toda vez que cuenta con un ingreso base de cotización de un millón treinta siete mil pesos (\$1'137.000.00), es decir que “no se encuentra dentro del grupo de la población más débil y vulnerable”.

5.2 Impugnación

La accionante impugna la decisión antes reseñada, fundada en que el fallador de primer grado tendría que haber considerado que sus ingresos económicos se ven disminuidos i) por sus aportes mensuales al Sistema de Seguridad Social, ii) con los gastos que demanda su asistencia a los controles periódicos de su salud y los copagos de las consultas, fórmulas médicas, exámenes de laboratorio y radiografías y iii) por las actividades a las que debe asistir para atender la Osteoartrosis que también padece.

Agrega que, deducidos los gastos antes relacionados, no cuenta sino con \$925.000.00 para cubrir otros gastos esenciales, como el pago de los servicios públicos.

Con base en lo anterior, solicita se revoque el fallo de primer grado y se protejan sus derechos fundamentales, si se considera que el alquiler del Dispositivo prescrito por su médico tratante equivale a una tercera parte de su pensión.

5.3 . Fallo de segunda instancia

El Juez Catorce Penal del Circuito de Bogotá, mediante providencia del 1° de septiembre de 2006, confirma la decisión de primera instancia, con base en los mismos argumentos esgrimidos por el a quo.

Sostiene que no puede compartir los argumentos de la accionante de “ que no cuenta con dineros para cubrir el costo del dispositivo CPAP NASAL, cuando devenga una suma de dinero suficiente producto de su pensión, a la cual se debe acudir para cubrir ese valor del procedimiento”.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

1. Competencia

La Corte Constitucional, a través de esta Sala, es competente para revisar las anteriores providencias, en desarrollo de las facultades conferidas por los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991 y en cumplimiento del auto de 1 26 de Octubre de 2006, expedido por la Sala de Selección de Tutelas Número Diez de esta Corporación.

2. Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala resolver si la EPS Famisanar vulnera los derechos fundamentales de la actora, en cuanto se niega a suministrarle el Dispositivo que la misma requiere para atender el Síndrome de Apnea Obstructivo del Sueño que padece, con base en que éste no se encuentra en el POS y que la señora Marentes de Córdoba puede sufragar el costo que demanda su alquiler.

Los Jueces Sesenta y Uno Penal Municipal y Catorce Penal del Circuito, ambos de Bogotá, declaran improcedente la acción que se revisa, fundados en que no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno, comoquiera que no se cumplen los presupuestos fijados por la jurisprudencia Constitucional para la procedencia excepcional de la acción de tutela, en materia de suministro de elementos y medicamentos no incluidos en el POS, dada la capacidad económica de la actora.

De manera que previamente la Sala reiterará la jurisprudencia constitucional en la materia, con el objeto de resolver si la accionada está obligada a suministrar a la señora Marentes de Córdoba el Dispositivo prescrito por su médico tratante, sin perjuicio de que aquel no se encuentra incluido en el POS.

3. Consideraciones preliminares

3.1 Carácter excepcional del suministro de tratamientos médicos excluidos del Plan Obligatorio de Salud -POS-

3.1.1 Dispone el artículo 49 constitucional que la atención en salud es un servicio público que el Estado deberá organizar, dirigir y reglamentar, conforme a los principios de eficiencia universalidad y solidaridad, en los términos establecidos por la ley.

Para el efecto, el artículo 154 de la Ley 100 de 1993 señala que el Estado determinará la atención básica en salud y logrará la ampliación progresiva de su cobertura y el artículo 162 de la misma normatividad dispone que el Plan Obligatorio permitirá la protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad, definidos por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Señala la disposición en cita que “el contenido del Plan Obligatorio de Salud que defina el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud será el contemplado por el Decreto ley 1650 de 1977 y sus reglamentaciones, incluyendo la provisión de medicamentos esenciales en su presentación genérica” y que el Plan de la familia del cotizante “será similar al anterior”.

Dispone la norma que el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud “diseñará un programa para que sus beneficiarios alcancen el Plan Obligatorio del Sistema Contributivo en forma progresiva antes del año 2001” y que, “en su punto de partida”, el Plan incluirá servicios de salud del primer nivel y dispondrá el incremento progresivo de los servicios del segundo y tercer nivel.

Mediante el Acuerdo Número 008 de 1994 el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud adoptó el Plan Obligatorio para el Régimen Contributivo sujeto a “las condiciones financieras

del Sistema y a la economía del país, para garantizar la concordancia entre el costo de las actividades incluidas en el Plan con su respectiva disponibilidad de recursos”.

El artículo 7 del Acuerdo al que se hace mención, describe, entre otros tratamientos y procedimientos excluidos del Plan Obligatorio de Salud, la “cura de reposo o del sueño”.

Señala la jurisprudencia constitucional que las limitaciones y exclusiones del Plan Obligatorio se explican en cuanto “los recursos del sistema son escasos y que el hecho de asumir todas las necesidades que la población requiera en salud resultan altamente onerosas, tanto para las entidades públicas como las privadas que los prestan¹”. Agrega la decisión:.

“Lo anterior implica, que los recursos con que cuenta el sistema de salud, deben destinarse de conformidad con reiterada jurisprudencia de esta Corporación² prioritariamente a lo más urgente e indispensable, para hacer posible el cumplimiento de los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad e integridad que lo rigen, excluyéndose así los tratamientos, que de no ser autorizados, no afectan los derechos fundamentales de quien los solicita, pues si se prescinde de éstos no se derivan consecuencias negativas para la salud del afiliado o beneficiario.

En tal sentido, resulta claro y completamente lógico que existan exclusiones dentro del Plan Obligatorio de Salud, o que la prestación de ciertos servicios esté sometida al cobro de pagos conjuntos, de cuotas moderadoras o del cumplimiento de un mínimo de semanas de cotización, siempre y cuando tengan como base criterios de razonabilidad y proporcionalidad que no impidan por sí mismas el acceso efectivo de las personas al servicio de atención en salud”.

3.1.2 Sin perjuicio del soporte financiero del Sistema, dados los escasos recursos con que cuenta el mismo y la necesidad de adoptar su incremento progresivo pero sustentable, como quedó dicho, los artículos 13 y 85 constitucionales disponen que la igualdad de todas las personas deberá ser real y efectiva y las medidas para lograrla, de adopción inmediata.

Por ello esta Corte, señala que “si bien en principio el Estado está obligado a satisfacer únicamente las necesidades médico asistenciales de la población, incluidas dentro de políticas de cobertura progresiva, elaboradas con fundamento en los principios constitucionales de eficiencia, universalidad y solidaridad, la necesidad de promover de

manera inmediata condiciones reales de igualdad indica que el Sistema de Seguridad Social tiene que contar con mecanismos excepcionales, destinados a atender integralmente a quienes no pueden acceder a servicios complementarios de salud 3”.

Agrega la decisión:

“Puede afirmarse, entonces, que la cobertura del Sistema General de Seguridad Social en Salud, además de condiciones de prestación obligatorias a las que acceden todos los afiliados incondicionalmente, según el contenido fijado por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud⁴, comprende actividades, procedimientos, intervenciones y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio, pero relacionados con el derecho a la vida y con la primacía de los derechos inalienables de la persona, que el Estado está en la obligación de satisfacer, cuando las condiciones personales y familiares del afectado, así lo indican”.

Quiere decir, entonces, que con el objeto de hacer posible la igualdad real y efectiva de todas las personas ante la ley, las personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en estado de debilidad manifiesta, tienen derecho a que el Sistema de Seguridad Social atienda sus requerimientos, relacionados con su derecho inalienable a gozar de condiciones de salud acordes con su dignidad, sin perjuicio de las exclusiones contempladas en el Plan Obligatorio.

3.1.3 En armonía con lo expuesto esta Corte tiene definidos los requisitos que deberán cumplirse para acceder a la prestación de servicios y suministro de elementos y procedimientos no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud. Señala la jurisprudencia:

“a) Que el derecho a la salud se encuentre en conexidad con el derecho fundamental a la vida misma, a la vida digna e integridad personal, como quiera que aquél no es un derecho fundamental sino de carácter prestacional (salvo en el caso de los niños). La vida del afiliado debe estar en peligro por virtud de una enfermedad grave, o, en su defecto, que la atención negada se integre de manera inescindible con la atención prestada (principio de continuidad en el servicio).

b) Que se trate de un procedimiento, tratamiento o medicamento que no pueda ser substituido por otro contemplado en el POS, o que existiendo éste no tenga la misma efectividad que el excluido y sea necesario proteger el mínimo vital del enfermo.

c) Que la orden del tratamiento, procedimiento o suministro del medicamento provenga de un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se encuentre afiliado el accionante.

d) Que el enfermo acredite que no puede sufragar el costo del procedimiento, tratamiento o medicamento y, además, no tenga acceso a otro sistema o plan de salud para conseguirlo, por ejemplo, contrato de medicina prepagada o planes de salud ofrecidos por determinadas empresas a sus empleados.”⁵

En consecuencia, solo en presencia de los requisitos antes relacionados, entre los que se destaca la situación económica del afiliado y de su familia, las Entidades Prestadoras de Salud y las Administradoras del Régimen Subsidiado están en el deber de ordenar el procedimiento o el suministro de los elementos o medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio.

3.1.4 En lo atinente a la condición económica, que da derecho al afiliado a obtener del Sistema de Seguridad Social una atención en salud que supera los tratamientos y el suministro de elementos y medicamentos no incluidos en el Plan Obligatorio, esta Corte ha plasmado en su jurisprudencia que el estado de debilidad manifiesta de quien demanda el amparo deberá haberse demostrado, lo cual no ocurre cuando queda demostrado que el afectado cuenta con recursos que le permiten atender sus requerimientos en salud.

Señala la Corte, al respecto:

” i) El usuario debe acreditar su falta de capacidad de pago total o parcial para financiar el procedimiento o medicamento. Para este efecto, por falta de capacidad de pago se debe entender no sólo la ausencia de recursos personales, sino la de mecanismos alternativos de protección, como las pólizas de seguro o los contratos de medicina prepagada, cuando el usuario posea tales beneficios y esté en capacidad legal de exigir las correspondientes prestaciones asistenciales y económicas derivadas de la incapacidad.

De otra parte, la preservación de los derechos fundamentales de las personas, dentro del marco del Estado social de derecho, impone tanto al juez de tutela, cuando se acuda a este mecanismo para obtener la defensa del derecho a la salud y por conexidad a la vida, como a las autoridades gubernamentales, representadas por el Ministerio de Salud a través del

Fondo de Solidaridad y Garantía, el deber de solicitar a las autoridades o al afiliado la remisión de la información tributaria, crediticia y laboral que permita confirmar el estado de necesidad y la imposibilidad de pago. Es que no puede olvidarse que en estos supuestos, se están utilizando los recursos de la sociedad, limitados y normalmente escasos, con riesgo al equilibrio del sistema mismo de seguridad social en salud.

Finalmente, no sobra reiterar que conforme a la Constitución Política, la protección del derecho a la vida incumbe no sólo al Estado, o a la organización que éste establezca, según el sistema acogido, sino también a la sociedad y a los propios titulares del derecho fundamental.” 6

3.2 Actuación temeraria

El artículo 83 de la Constitución Política dispone que las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deben ceñirse a los postulados de la buena fe y el artículo 95 del mismo ordenamiento, en sus numerales primero y séptimo, establecen para todas las personas los deberes de respetar los derechos ajenos, no abusar de sus prerrogativas y colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia.

En virtud de lo anterior, el artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 dispone que se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes, injustificadas, de protección constitucional instauradas por la misma persona, con miras a obtener igual protección por los mismos hechos.

Señala la Corte que actúa con temeridad y con desconocimiento de sus deberes constitucionales y legales, quien, directamente o por conducto de apoderado, instaura la misma acción de tutela, con base en los mismos hechos y reclamando igual protección, sin la debida justificación, comoquiera que además de desconocer el principio de la buena fe, vulnera el juramento exigido por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991 y expone a la administración de justicia a que se profieran fallos disímiles e incluso contradictorios⁹.

Quiere decir entonces que quien habiendo obtenido protección constitucional recurre a una nueva acción de tutela, está en el deber de justificar su conducta, toda vez que el mecanismo constitucional de protección de los derechos fundamentales “debe ser utilizad[o] de manera razonable y justificada, de conformidad con las normas que lo regulan, las cuales

contienen los lineamientos básicos y las limitaciones para que su uso se dé de manera prudente y ajustado a las necesidades de protección de los derechos fundamentales¹⁰.”

En este orden de ideas, hay inexistencia de temeridad cuando hay una adecuada justificación de la segunda tutela y condiciones fácticas totalmente distintas por que se trata de: (i) hechos que no hayan ocurrido antes; (ii) o que estos no hayan sido conocidos por el actor al momento de la primera tutela¹¹; (iii) que los nuevos hechos afecten la vida biológica o las condiciones mínimas de sobrevivencia de la persona.

De manera que las actuaciones temeraria debe ser analizadas de manera especial, para evitar situaciones o condenas injustas, caso en el cual se deben valorar los requisitos anteriormente señalados “partiendo siempre de la presunción de buena fe de los particulares en sus actuaciones ante la administración pública¹²” y la sujeción estricta al debido proceso, a cuyo tenor la conducta contraria a los deberes constitucionales y legales tendrá que haber sido demostrada y el sindicado contado con la oportunidad de alegar en su favor y controvertir las pruebas allegadas en su contra¹³.

4. Caso Concreto- Las sentencias revisadas serán confirmadas

4.1 La señora Hilda María Marentes de Córdoba reclama el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad, porque la entidad accionada se niega a suministrar el Dispositivo CPAP Nasal que requiere para el restablecimiento de su salud.

Refiere que padece de asma y que, debido a complicaciones relacionadas con el sueño, mediante fallo de tutela, su derecho a la salud fue amparado por el Juzgado 38 Penal Municipal de Bogotá, en el sentido de disponer que la EPS accionada autorizara la práctica del examen ordenado por su médico tratante.

Afirma que ella solicitó “que me fueran practicados los exámenes pertinentes y adicionalmente que fueran atendidas todas las necesidades posteriores que resultaran necesarias como consecuencia de dichos exámenes, incluido el eventual suministro del CPAP con el fin de corregir la apnea hipopnea de la cual sufro” y que el juez de amparo “ordenó a FAMISANAR EPS que me fuera autorizado el examen (...) y se estimaron procedentes todas mis pretensiones”.

La EPS Famisanar LTDA, por su parte, solicita que se declare improcedente la acción impetrada fundada en que i) “versa sobre los mismos hechos y derechos de la acción que fue presentada ante el Juzgado Veintisiete Penal Municipal (sic)”, cuyo fallo del 28 de marzo de 2006, fue cumplido a cabalidad por ésta EPS y ii) la actora cuenta con los medios económicos para sufragar el valor del alquiler del Dispositivo que requiere, excluido del Plan Obligatorio de Salud POS.

Los Juzgados Sesenta y Uno Penal Municipal y Catorce Penal del Circuito ambos de Bogotá declaran improcedente la acción que se revisa, pues a su juicio no se vislumbra la vulneración de derecho fundamental alguno, comoquiera que, dada la capacidad económica de la actora para asumir el valor del tratamiento, no se cumplen los requisitos fijados por la jurisprudencia Constitucional para ordenar el suministro de tratamientos no previstos en el Plan Obligatorio.

4.2 Las pruebas que obran en el expediente permiten afirmar que la señora Hilda María Marentes de Córdoba instauró acción de tutela ante el Juzgado Treinta y ocho Penal Municipal de Bogotá, en el mes de marzo de 2006, contra Famisanar EPS, solicitando la práctica de un examen denominado Polisonograma en Titulación CPAP y también demuestran i) que su pretensión de amparo fue concedida, ii) que practicado el examen pudo establecerse que la antes nombrada padece de APNEA HIPOPNEA OBSTRUCTIVO DE SUEÑO SEVERO y iii) que para la atención de su dolencia requiere el suministro del DISPOSITIVO CPAP NASAL.

En el presente caso, sin embargo, la pretensión de la actora se dirige a que la EPS accionada suministre el Dispositivo a que se hace mención, que la misma se niega a entregar, en razón de que el mismo se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud.

En este orden de ideas, la Sala advierte que los hechos que dieron origen a la presente demanda difieren de aquellos considerados por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá, según fallo de tutela proferido el 28 de marzo de 2006 y que en consecuencia no hay lugar a rechazar la acción que se revisa a causa de temeridad de la pretensión, como lo solicita la apoderada de la entidad accionada.

Efectivamente, practicado el examen médico, ordenado por el Juez Treinta y Ocho Penal Municipal de Bogotá y obtenida la orden de su médico tratante conforme a los resultados del mismo, la señora Hilda María Marentes Córdoba acude nuevamente ante el juez de amparo,

esta vez para que se le suministre el Dispositivo CPAP Nasal, circunstancia no considerada en la primera acción, comoquiera que, para entonces, se requería determinar el padecimiento de la actora, únicamente.

Establecido entonces que no se configura una actuación temeraria, de parte de la accionante, la Sala procederá a estudiar si la decisión de Famisanar EPS, en el sentido de negarse a autorizar el suministro del Dispositivo CPAP Nasal, bajo el argumento de no estar incluido en el Plan Obligatorio de Salud -POS-, vulnera o no los derechos fundamentales a la vida digna, a la integridad personal, a la salud, a la seguridad social y a la igualdad de la señora Marentes de Córdoba.

4.3 La accionante se encuentra afiliada al régimen contributivo del Sistema de Seguridad Social en Salud, por intermedio de la accionada y reporta un ingreso base de cotización de un millón treinta siete mil pesos (\$1'137.000.00), de manera que tendrá que cancelar con sus propios recursos el alquiler mensual del Dispositivo Nasal que le fue prescrito por su médico tratante.

Lo anterior, porque si bien la actora señala que asume otros gastos relacionados con su salud, éstos no le impiden asumir el pago del alquiler del Dispositivo, el que, según lo certifica la EPS accionada oscila entre \$200. 000 y \$250. 000 pesos mensuales.

Lo expuesto conduce a la Sala a confirmar las decisiones de instancia, porque mal podría ser obligada la E.P.S. accionada a responder por el suministro de un elemento excluido del Plan Obligatorio de Salud cuyo gasto la actora bien puede asumir.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. CONFIRMAR los fallos proferidos por los Juzgados Sesenta y Uno Penal Municipal y Catorce Penal del Circuito, ambos de Bogotá, el 18 de junio y 1° de septiembre de 2006, respectivamente, para negar la acción de tutela instaurada por la Hilda María Marentes de Córdoba contra la EPS Famisanar.

Segundo.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

ALVARO TAFUR GALVIS

Magistrado

CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ

Magistrada

JAIME ARAUJO RENTERÍA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Sentencia T-276 de 2003 M.P Jaime Córdoba Triviño.

2 Ver entre otras las Sentencias T- 377de 2005 y T-037 de 2004 M.P Alvaro Tafur Galvis.

4 Sobre los regímenes con que cuenta el Sistema de Seguridad Social en Salud para efectos de financiación y administración de recursos, se puede consultar, entre otras, la Sentencia SU-819 de 1999 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

5 Sobre la materia, se pueden consultar, entre otras, las sentencias SU-111 y SU-480, ambas de 1997, T-236, T-283, T-560 de 1998, T-016 de 1999, T-409 y 549 de 2000, T-844 de 2001 y T-668 de 2002.

6 En esta ocasión, la Corte concedió la tutela al derecho a la salud en conexidad con la vida de un menor de edad a quien el médico tratante de la E.P.S. había remitido al exterior para un transplante de médula, entre otros argumentos, puesto que estaba probado que su padre

tenía múltiples obligaciones financieras por cubrir y con sus ingresos mensuales le era imposible costear la parte del tratamiento no cubierto por la E.P.S.

7 Ver sentencia sobre incapacidad económica para costear medicamentos excluidos del P.O.S. T-366, T-369 y T-393 de 2003 entre otras.

8 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”.

9 Ver las sentencias T- 1169, T-1215, T-1083, T- 707 y T-721 de 2003 y T-336 y T- 082 de 2004.

10 Sentencia T-338 de 2003 M.P. Alvaro Tafur Galvis

11 En el caso antes citado, la Corte se abstuvo de declarar temeraria la conducta del accionante, sin perjuicio de que el mismo presentó dos acciones de tutela, toda vez que consideró que era imposible que el mismo, al entablar la primera acción, conociera los hechos relacionados en la segunda demanda, porque estos ocurrieron con posterioridad a las primeras decisiones, “(...) si bien las solicitudes hechas por parte del [actor], tanto en la primera tutela, como en la que es objeto de revisión, contienen iguales pretensiones, los hechos relevantes expuestos en la segunda tutela y que sirven para justificar la misma, no habían tenido ocurrencia antes, ni habían sido de conocimiento del actor al momento en que éste formuló la primera acción de tutela (...) efectivamente se está ante una nueva situación fáctica, que en ningún momento fue conocida por el actor, ni por el demandado y que mucho menos pudo ser analizada como objeto de la decisión en el trámite de la primera tutela.”

12 Sentencia T- 1169 de 2003, MP. Clara Inés Vargas Hernández.

13 Sentencias T-721 de 2003 y T-954 de 2004 M.P. Alvaro Tafur Galvis.