SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EN SALUD EN EL REGIMEN ESPECIAL DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Sistema de inclusiones y exclusiones equiparable al Plan de Beneficios en Salud

La Constitución y la ley prohíben que servicios y tecnologías en salud que formen parte del Plan de Beneficios en Salud (PBS) sean excluidos de cobertura en el régimen del Magisterio.

COSA JUZGADA CONSTITUCIONAL EN TUTELA-Configuración

ACCION DE TUTELA TEMERARIA-Para que se configure temeridad debe evidenciarse la mala fe en el actuar del peticionario

ACTUACION TEMERARIA Y COSA JUZGADA EN MATERIA DE TUTELA-Inexistencia para el caso

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO-Fenómeno que se configura en los siguientes eventos: hecho superado, daño consumado o situación sobreviniente

CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR ACAECIMIENTO DE UNA SITUACION SOBREVINIENTE-Configuración

(…) la EPS accionada hizo la entrega de esta tecnología en salud (silla de ruedas) en cumplimiento de las decisiones judiciales proferidas en el trámite de la acción de tutela (…). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el cumplimiento de una decisión judicial que acarrea la extinción de la causa que motivó la acción de tutela constituye una situación sobreviniente.

FUNCION JURISDICCIONAL POR SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD-No desplaza a juez de tutela cuando se trata de proteger el acceso efectivo al derecho fundamental a la salud

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Contenido y alcance

ELEMENTOS ESENCIALES DEL DERECHO A LA SALUD-Accesibilidad económica, disponibilidad, aceptabilidad y calidad

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Cobertura

(…), forman parte del Plan de Beneficios en Salud PBS: (i) los servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos en el PBS (regla de inclusión explícita) y (ii) todos los servicios o tecnologías en salud que no se encuentren excluidos de forma expresa en la lista de exclusiones (regla de inclusión implícita).

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Sistema de exclusiones

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reiteración de jurisprudencia

SUMINISTRO DE PAÑALES-Incluidos en el PBS

La Sala reitera y reafirma que la acreditación de la falta de capacidad económica no es un requisito constitucional del suministro de los servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, forman parte del PBS por no estar excluidos expresamente.

ACCESIBILIDAD A SERVICIOS MEDICOS REQUERIDOS CON NECESIDAD-En caso de no existir orden de médico tratante se protege la salud en la faceta de diagnóstico

REPÚBLICA DE COLOMBIA

CORTE CONSTITUCIONAL

SENTENCIA T-050 DE 2023

Expediente: T-8.893.943 AC

Acciones de tutela interpuestas por Carmenza Zuluaga Cerquera, en contra de Cosmitet Ltda.

y Claudia Patricia González Benavides en contra de EMSSANAR EPS.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Bogotá, D.C., ocho (08) de marzo de dos mil veintitrés (2023)

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Paola Andrea Meneses Mosquera, quien la preside, así como por el magistrado José Fernando Reyes Cuartas, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. Introducción a la causa objeto de la controversia

1. El 27 de septiembre de 2022, la Sala de Selección Número Nueve de la Corte Constitucional decidió acumular y seleccionar para revisión las sentencias dictadas en el trámite de las acciones de tutela presentadas por dos mujeres, que reprochan que sus EPS o IPS se han negado a suministrar servicios y tecnologías en salud (sillas de ruedas y pañales) no excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS).

Tutelas acumuladas

Expediente

Accionante y pretensión

Accionada

T-8.896.372

Claudia Patricia González Benavides. La accionante solicita el suministro de una silla de ruedas con medidas antropométricas.

EMSSANAR S.A.S (en adelante “EMSSANAR EPS”)

T-8.893.943

Carmenza Zuluaga Cerquera, en calidad de agente oficiosa de su madre Teófila Cerquera Gómez. La accionante solicita el suministro de pañales.

Corporación de Servicios Médicos Internacional TEM & Cia. Ltda. (en adelante “COSMITET”)

1. Para estudiar las acciones de tutela acumuladas, la Sala Séptima presentará una descripción de los hechos que fundamentan cada una de las solicitudes de amparo, así como del trámite de instancia y revisión que se adelantó en cada expediente. Luego, examinará si las acciones de tutela satisfacen los requisitos generales de procedibilidad y es procedente emitir un pronunciamiento de fondo. Por último, evaluará si las entidades accionadas vulneraron los derechos fundamentales de las accionantes y, de ser el caso, adoptará los remedios correspondientes para reparar dichas violaciones.

1. Expediente T-8.896.372. Acción de tutela presentada por Claudia Patricia González Benavides en contra de EMSSANAR EPS

1. Hechos probados1. La accionante, Claudia Patricia González Benavides, es una señora de 47 años que, de acuerdo con su historia clínica, fue diagnosticada con síndrome de Arnold Chiari Tipo I. Esta patología le ha ocasionado afectaciones neurológicas degenerativas caracterizadas por alteraciones en la funcionalidad de miembros superiores e inferiores, tales como pérdida de movilidad, equilibrio, fuerza y marcha. Estas alteraciones hacen que la accionante dependa de instrumentos ortopédicos y terceros para poder movilizarse2.

1. Luego de que SALUDCOOP EPS fue liquidada en el año 2016, la accionante se afilió a EMSSANAR EPS. El 21 abril de 2021, el médico tratante indicó, mediante orden médica, que la accionante debía contar con una silla de ruedas con las siguientes especificaciones: “sobre medidas antropométricas, plegable, espaldar hasta ángulo inferior de escapula, descansa pies individuales, ajustable en altura, frenos bilaterales, protectores laterales de ropa, eje de ruedas ajustable en altura y profundidad y ruedas traseras de desmonte rápido”5. Asimismo, consideró que la accionante requería un caminador “tipo paso a paso, plegable y graduable”6.

1. El 19 de junio de 2021, la accionante radicó un derecho de petición ante el sistema de autorizaciones y PQRS de EMSSANAR en el que solicitó que la EPS le proporcionara la silla de ruedas con las características que fueron especificadas por el médico tratante. El 1 de julio de 2021, la accionada negó la solicitud con el argumento de que la silla de ruedas es un elemento de ayuda técnica que no está financiado con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC). Por esta razón, no forma parte del PBS y no debe ser cubierta por la EPS.7

1. Solicitud de tutela8. El 9 de julio de 2021, la señora Claudia Patricia González Benavides interpuso acción de tutela en contra de EMSSANAR por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la igualdad y a la integridad física9. Indicó que la

Corte Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia que la silla de ruedas forma parte del PBS, “al no estar dentro de las exclusiones de la Resolución 244 de 2019”. A su turno, sostuvo que, si bien este insumo no es financiado por la UPC, “las EPS, en este caso EMSSANAR, se encuentran facultadas para iniciar el procedimiento consagrado en la Resolución 1885 de 2018, con la intención de que la Administradora del Sistema de Salud, ADRES, reconozca los gastos en que pueda incurrir”10. En estos términos, concluyó que EMSSANAR no puede negar las tecnologías en salud que se encuentran en el PBS y no están financiadas con recursos de la UPC, ya que existe otro mecanismo para recobrar el costo. Por el contrario, está en la obligación de suministrar estos servicios sin generar trámites adicionales.

1. Con fundamento en las anteriores consideraciones, como pretensiones solicitó ordenar a EMSSANAR (i) autorizar el suministro de una silla de ruedas con las especificaciones ordenadas por el médico tratante y (ii) suministrar “todos los tratamientos, exámenes, medicamentos, cirugías, gastos de viaje, alimentación, alojamiento y demás procedimientos que llegare a necesitar sin que se le puedan oponer las exclusiones del plan de beneficios en salud y exigir copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación”11.

1. Admisión de la tutela y vinculaciones. El 12 de julio de 2021, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto profirió auto mediante el cual (i) admitió la acción de tutela y (ii) vinculó al trámite de tutela a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, debido a que consideró que las decisiones del fallo podrían afectarla.

1. Contestación de EMSSANAR. El 14 de julio de 2021, EMSSANAR solicitó que el amparo fuera negado. Argumentó que de acuerdo con el artículo 60 de la Resolución 2348 de 2020 y 127 de la Resolución 2841 del 202012, los servicios que no son financiados con cargo a la UPC, como las sillas de ruedas, “no son tecnologías en salud [y], por lo mismo, no se pueden prescribir en MIPRES por parte del médico tratante”13. Por otra parte, sostuvo que conforme

al principio constitucional de solidaridad, el costo de la silla de ruedas debe ser asumido por la accionante y su núcleo familiar. En caso de que la accionante y su núcleo familiar no contaran con la capacidad económica, el suministro debía ser asumido por el Estado "a través de la dependencia que tenga a cargo la atención básica que llegare a requerir la paciente, [puesto que] los servicios no financiados con cargo a la UPC deben ser atendidos y garantizados en su prestación, con cargo a los recursos fiscales, con destinación exclusiva, denominados subsidio a la oferta"14.

1. Contestación de la entidad vinculada. El 15 de julio de 2021, la ADRES solicitó ser desvinculada del trámite de tutela y, en subsidio, que el amparo fuera negado. Sostuvo que los servicios y medicamentos que la accionante solicita deben ser suministrados por EMSSANAR con cargo a la UPC. Destacó que el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019 dispone que por medio del mecanismo de los presupuestos máximos se asignó un presupuesto anual a las EPS destinado a garantizar a sus afiliados la prestación de servicios y tecnologías no financiados por la UPC. En este sentido, es función de la EPS —no del ADRES— prestar los servicios de salud solicitados por los afiliados, lo que implica que la vulneración a los derechos fundamentales invocada es imputable, exclusivamente, a EMSSANAR15.

1. Decisión de primera instancia. El 26 de julio de 2021, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto (en adelante el "Juzgado Sexto") negó el amparo. Encontró que, mediante el fallo de tutela de 24 de agosto de 2010, el Juzgado 5 Penal Municipal había ordenado a la EPS SALUDCOOP la prestación del servicio que la accionante solicitaba en esta acción de tutela16. En su criterio, ante la liquidación de dicha EPS, la usuaria se trasladó a EMSSANAR, entidad que "asumió la obligación de prestar los servicios por ella requeridos, incluidos aquellos que fueron ordenados por fallo de tutela en contra de la extinta SALUDCOOP, so pena de interrumpir la prestación efectiva del servicio de salud y de vulnerar los derechos fundamentales de accionante". En tales términos, consideró que la afectación alegada debía "repelerse mediante trámite de desacato y no mediante la formulación de una nueva acción de tutela en contra de la actual EPS"17. Este fallo de tutela no fue impugnado por ninguna de las partes.

1. Actuaciones en sede de revisión. Mediante auto de 22 de noviembre de 2022, la magistrada sustanciadora requirió a las partes para que aportaran información y soporte probatorio en relación con, principalmente, tres ejes temáticos: (i) condición de salud actual de la accionante, (ii) información sobre el núcleo familiar y su capacidad económica y (iii) otras acciones de tutela o peticiones que hayan elevado, específicamente aquella decidida por el Juzgado Quinto Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de Pasto. Asimismo, mediante auto de 19 de enero de 2023, la magistrada sustanciadora le solicitó al Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto que remitiera copia de la constancia de remisión a la Corte Constitucional del expediente de la acción de tutela con número de radicado 2022-00098-00 y que informara si dicho expediente había sido o no seleccionado por esta Corporación. El siguiente cuadro resume las respuestas remitidas por las partes y las entidades vinculadas.

Parte

Respuesta

EMSSANAR

Informó que: (i) EMSSANAR ha estado y continuará prestando los servicios que estén cubiertos por el PBS o aquellos ordenados en los fallos de tutela a favor de la accionante, (ii) el 4 de junio de 2021 y el 2 de septiembre de 2022 la EPS suministró a la accionante la silla de ruedas con medidas antropométricas y el caminador que el médico tratante había ordenado y (iii) la accionante interpuso otra acción de tutela en febrero de 2022 por los mismos hechos y pretensiones en contra de EMSSANAR.

Claudia Patricia González Benavides

1. Ingresos y gastos y propiedades. Señaló que se encuentra desempleada y que la única fuente de ingresos con la que cuenta hoy en día es la pensión de invalidez que le fue reconocida por Colpensiones en el año 2020, la cual es de un millón de pesos. Informó que usa la pensión para sufragar los gastos de alimentación, servicios públicos, transporte, elementos de uso personal y pagos de servicios e insumos de salud (medicamentos, terapias, entre otros)

2. Núcleo familiar y estado de salud. Informó que su núcleo familiar está conformado por su hermana, de 64 años, quien asume el rol de cuidadora. Aseguró que no tiene hijos ni otros familiares. De otro lado, afirmó que fue diagnosticada con Síndrome de Arnold Chiari Tipo I desde el año 2002 y, el 25 de junio de 2020, el médico laboral de Colpensiones emitió dictamen pericial en el que dictaminó una pérdida de capacidad laboral del 50.74%.

3. Acción de tutela presentada en febrero de 2022. Indicó que el 10 de febrero de 2022, interpuso otra acción de tutela, debido a que la orden médica del médico tratante fue actualizada el 8 de octubre de 2021. En esta ocasión, solicitó al juez de tutela que: (i) amparara sus derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, al tratamiento integral, a la vida digna, y a la integridad física y (ii) ordenara a EMSSANAR autorizar la entrega de la silla de ruedas con medidas antropométricas. Informó que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pasto, en primera instancia, concedió el amparo y ordenó a EMSSANAR entregar la silla de ruedas con medidas antropométricas dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo. EMSSANAR impugnó la decisión. Sin embargo, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, en segunda instancia, confirmó en su totalidad el fallo de primera instancia. Aseguró que el 2 de septiembre de 2022, en cumplimiento del fallo de tutela18, EMSSANAR le entregó a la accionante la silla de ruedas con medidas antropométricas.

Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto

Mediante escrito del 27 de enero de 2023, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto informó a la Corte que el expediente de tutela Rad. No. 2022-00098-00 fue enviado a la Corte para el trámite de revisión el 26 de enero de 2023.

1. Expediente T-8.893.943. Acción de tutela presentada por Carmenza Zuluaga Cerquera, como agente oficiosa de su madre Teófila Cerquera Gómez, en contra de COSMITET

1. Hechos probados19. La señora Teófila Cerquera Gómez tiene 91 años de edad20 y está afiliada al régimen especial de salud del Magisterio como beneficiaria de su hija, Carmenza Zuluaga Cerquera. La hija de la accionante es cotizante de este régimen especial y escogió a COSMITET como institución prestadora de salud (IPS)21. De acuerdo con la historia clínica, la señora Cerquera Gómez padece de “hipotiroidismo, EPOC, Pop Tardío de QX cadera por luxación de prótesis derecha, anemia e incontinencia urinaria y fecal”22.

1. El 3 de marzo de 2022, la hija de la señora Cerquera Gómez solicitó verbalmente al médico tratante que ordenara el suministro de pañales a su madre, pues esta carece de control de esfínteres y tiene movilidad reducida. El médico tratante negó la solicitud al considerar que “los pañales son una exclusión del contrato del régimen del Magisterio”23. Por esta razón, el 18 de marzo de 2022, la señora Cerquera Gómez presentó un derecho de petición ante COSMITET en el que solicitó nuevamente el suministro de dicho insumo24. El 22 de marzo de 202225, la IPS respondió a la petición y reiteró que el suministro de los pañales no era procedente debido a que, conforme al “Anexo No. 01 Cobertura y Plan de Beneficios” del pliego de condiciones para la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, estos insumos estaban expresamente excluidos26.

1. Solicitud de tutela27. El 4 de mayo de 2022, Carmenza Zuluaga Cerquera interpuso acción de tutela en favor de su madre. Argumentó que, de acuerdo con la Ley 1751 de 2015 y la

jurisprudencia constitucional, el derecho fundamental a la salud comprende el “acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud”. En su criterio, la negativa de COSMITET a suministrar los pañales constituye una vulneración a los derechos fundamentales a la salud y vida digna, dado que impide que su madre tenga “acceso al tratamiento integral completo y oportuno”28. Asimismo, señaló que la exclusión de los pañales del convenio que COSMITET suscribió con el Magisterio no es una razón suficiente que justifique la negativa29. Con fundamento en estos argumentos, como pretensiones solicitó (i) el amparo de los derechos fundamentales de su madre y (ii) ordenar a COSMITET el suministro de los pañales30.

1. Escritos de respuesta. El 9 de mayo de 2022, COSMITET solicitó que la acción de tutela fuera declarada improcedente31. Argumentó que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la señora Cerquera Gómez puesto que la entrega de pañales “está excluida del plan de atención en salud de la accionante fijado por la FIDUPREVISORA” 32 y no existe una orden del médico tratante que haya aprobado el suministro de este insumo. En cualquier caso, señaló que la agente oficiosa cuenta con los recursos económicos para pagar los pañales, por lo que no existe una obligación constitucional y legal de la IPS de suministrarlos33.

1. Por su parte, las vinculadas presentaron escritos de contestación en los siguientes términos:

Entidad

Respuesta

Fiduciaria la Previsora S.A.

Solicitó ser desvinculada del trámite de tutela dado que carece de legitimación en la causa por pasiva. Manifestó que es vocera y administradora del Fideicomiso de la Nación – Ministerio de Educación Nacional denominado Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, el cual destina recursos para garantizar la prestación de los servicios de salud de los docentes a nivel nacional. Sin embargo, no tiene la función ni obligación legal de suministrar medicamentos, ni autorizar exámenes y/o procedimientos a los cotizantes o beneficiarios. En su criterio, esta función corresponde, exclusivamente, a las IPS.

Ministerio de Salud y Protección Social

Solicitó ser desvinculada del proceso de tutela, habida cuenta de que no ha vulnerado los derechos fundamentales de la accionante. Explicó que el régimen del Magisterio es un régimen especial, distinto a los contemplados en la Ley 100 de 1993.

ADRES

Manifestó que no está legitimada en la causa por pasiva, debido a que COSMITET es la única responsable de prestar los servicios de salud y, por lo tanto, la presunta vulneración a los derechos fundamentales de la accionante no le es imputable.

1. Decisión de primera instancia. El 17 de mayo de 2022, el Juzgado Quinto Civil Municipal de Armenia (en adelante el "Juzgado Quinto") negó la solicitud de amparo. Señaló que de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Constitucional34 uno de los requisitos para ordenar el suministro de pañales es que el paciente y su núcleo familiar carezcan de capacidad económica para procurarlos35. En su criterio, las pruebas que obran en el expediente evidencian que la agente oficiosa cuenta con los recursos económicos para adquirir estos insumos puesto que: (i) es cotizante en el sistema de salud en el régimen especial del Magisterio, (ii) es dueña de dos parqueaderos y dos inmuebles y (iii) cuenta con ingresos mensuales estables que le permiten asumir el pago sin que ello genere un perjuicio en su sustento36.

1. Impugnación. El 18 de mayo de 2022, la agente oficiosa impugnó el fallo de primera instancia. Sostuvo que el Juzgado Quinto concluyó equivocadamente que contaba con los recursos para asumir el pago de los pañales, dado que únicamente tuvo en cuenta los ingresos que percibe, pero no sus egresos y deudas. En su criterio, “de haberlo hecho se hubiera dado cuenta que no se tiene la capacidad económica de acudir a sufragar los gastos que deben correr por cuenta del encargo de la administradora del sistema de salud del magisterio”. En concreto, enfatizó que la titularidad de un inmueble “no evidencia liquidez para poder solventar gastos periódicos relacionados con la atención de una enfermedad como es el suministro y la compra de pañales”37. De otra parte, indicó que el derecho a la salud y a la vida digna deben entenderse como garantías del Estado que “no pueden estar supeditadas a decir si el particular tiene o no los recursos para pagarla” 38. Por esta razón, en su opinión, admitir la tesis del juez de primera instancia “equivaldría a decir que el sistema de salud se fundamenta no en la solidaridad y en la cobertura sino únicamente en suplir cuando la persona no tiene dinero”39.

1. Decisión de segunda instancia. El 15 de junio de 2022, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia (en adelante el “Juzgado Tercero”) confirmó en su totalidad el fallo de primera instancia. Reconoció que la Corte Constitucional ha determinado que en algunos casos es procedente ordenar el suministro de pañales sin que exista una orden médica, siempre que se cumplan dos requisitos: (i) cuando exista prueba de la falta de control de esfínteres del paciente y (ii) la falta de capacidad económica del paciente y su familia. En su criterio, el segundo de los requisitos no estaba acreditado en este caso, puesto que, tal y como lo señaló el Juzgado Quinto, la agente oficiosa contaba con recursos para asumir el costo de los insumos40.

1. Actuaciones en sede de revisión. Mediante auto de 22 de noviembre de 2022, la magistrada sustanciadora requirió a las partes para que aportaran información con relación a tres ejes temáticos: (i) la condición de salud actual de la señora Cerquera Gómez, (ii) información sobre el núcleo familiar y su capacidad económica y (iii) otras acciones de tutela

o peticiones que hayan elevado ante la entidad accionada con sus respectivas respuestas41.

1. Respuestas al auto de pruebas. El siguiente cuadro resume las respuestas al auto de pruebas:

Parte

Respuesta

Carmen Zuluaga Cerquera

1. Núcleo familiar y estado de salud. Aseguró que su núcleo familiar está compuesto por su madre y dos hermanos. Su hermana, de 64 años, no tiene ocupación, por lo que no cuenta con ingresos económicos y se encarga del cuidado de su madre, Teófila Cerquera Gómez. Su hermano, por su parte, tiene 61 años y se encuentra desempleado. Indicó que sus condiciones de salud son buenas y estables y que se encuentra en tratamiento psicológico, psiquiátrico y nutricional.

2. Estado de salud de la señora Teófila Cerquera Gómez. Informó que su madre está estable, pero necesita apoyo para desplazarse y realizar cualquier movimiento, debido a que pierde con facilidad el equilibrio. Además, aseguró que no tiene control de esfínteres y padece insuficiencia cardiaca congestiva ICC, hipertiroidismo, anemia y enfermedad pulmonar obstructiva crónica EPOC.

3. Ingresos, propiedades y gastos. Señaló que sus fuentes de ingreso provienen de su salario y el arrendamiento de un inmueble ubicado en Armenia. De igual forma, relacionó todos los gastos mensuales que tiene pues cuenta con diferentes créditos con entidades financieras. Afirmó que ha sufragado los costos de los pañales con dinero propio o “pequeños prestamos privados o donaciones de pañales de amigos y vecinos de familiares que han fallecido”.

COSMITET

Informó que: (i) no existe orden médica que haya recomendado el suministro de pañales a la paciente y (ii) el insumo de pañales se encuentra excluido del plan de atención en salud de la accionante, fijado por la Fiduprevisora S.A. para el Régimen Especial en Salud del Magisterio.

I. CONSIDERACIONES

1. Competencia

1. La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por el inciso 3 del artículo 86 y el numeral 9 del artículo 241 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

1. Estructura de la decisión

1. Expediente T-8.896.372. Acción de tutela presentada por Claudia Patricia González Benavides en contra de EMSSANAR EPS

3.1. Delimitación del asunto objeto de revisión y problema jurídico

1. La señora Claudia Patricia González Benavides ha interpuesto tres acciones de tutela en

las que ha solicitado autorizar el suministro de diferentes servicios y tecnologías en salud:

Solicitudes de amparo

Fallos de tutela

1. Acción de tutela No. 2010-00074-00 interpuesta el 10 de agosto de 2010 en contra de SALUDCOOP.

La accionante solicitaba ordenar a SALUDCOOP cubrir los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que requería para poder asistir a la cita con el especialista en neurología en la ciudad de Bogotá, la cual había sido ordenada por el médico tratante.

Única instancia: El 24 de agosto de 2010, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto concedió el amparo.

2. Acción de tutela T-8.896.372 interpuesta el 9 de julio de 2021 en contra de EMSSANAR.

La accionante solicita ordenar a EMSSANAR suministrar la silla de ruedas prescrita por el médico tratante.

Única instancia: El 26 de julio de 2021, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto negó el amparo.

Este es el fallo de tutela que fue seleccionado y cuya revisión corresponde adelantar a la Sala Séptima.

3. Acción de tutela No. 2022-00098-00 interpuesta el 10 de febrero de 2022 en contra de EMSSANAR.

La accionante solicitaba ordenar a EMSSAANR suministrar la silla de ruedas prescrita por el médico tratante.

El 24 de febrero de 2022, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Pasto concedió el amparo y ordenó a la EMSSANAR suministrar la silla de ruedas. En segunda instancia, por medio de fallo del 1 de abril de 2022, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto confirmó la decisión. En cumplimiento de dicho fallo, el 2 de septiembre de 2022 EMSSANAR suministró a la accionante la silla de ruedas.

¿En la acción de tutela T-8.896.372 interpuesta por la señora Claudia Patricia González Benavides existe cosa juzgada constitucional en relación con lo decidido por los jueces de instancia que resolvieron las solicitudes de amparo Rad. No. 2010-00074-00 y Rad. No. 2022-00098-00 presentadas por la accionante en agosto de 2010 y febrero de 2022, respectivamente?

¿La accionante, Claudia Patricia González Benavides incurrió en una actuación temeraria al interponer, se forma sucesiva, acciones de tutela que tienen aparentemente el mismo objeto?

¿En la acción de tutela T-8.896.372 se configuró el fenómeno de la carencia actual de objeto dado que el 2 de septiembre de 2022 EMSSANAR suministró una silla de ruedas con medidas antropométricas a la accionante?

1. Para resolver estos problemas jurídicos, la Sala, en primer lugar, estudiará si en este caso se presenta cosa juzgada constitucional. En segundo lugar, examinará si se configura carencia actual de objeto. Po último, con fundamento en las consideraciones precedentes determinará cuáles son los remedios y órdenes a adoptar.

3.2. Cosa juzgada y temeridad

1. La Corte Constitucional ha sostenido que la interposición simultánea o sucesiva de acciones de tutela materialmente idénticas puede conducir a la declaratoria de improcedencia de la solicitud de amparo por cosa juzgada o temeridad42.

1. La cosa juzgada constitucional es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones judiciales el carácter de "inmutables, vinculantes y definitivas"43. Los fallos de tutela hacen tránsito a cosa juzgada una vez la Corte Constitucional decide no seleccionarlos44, o en caso de que sean seleccionados, después de proferido el fallo de revisión45. La Corte Constitucional ha precisado que la cosa juzgada en los trámites de tutela se configura cuando "se adelanta un nuevo proceso con posterioridad a la ejecutoria de la sentencia" y se constata que entre los procesos existe triple identidad de (i) partes, (ii) hechos y (iii) objeto. El principal efecto de la cosa juzgada es la imposibilidad de que el juez de tutela pueda reabrir y volver a conocer de fondo sobre una controversia que ya fue resuelta en un fallo de tutela anterior46. Por lo tanto, la contratación de la existencia de este fenómeno da lugar a la declaratoria de improcedencia de la solicitud de amparo47.

1. Por su parte, la "actuación temeraria"48 se configura cuando se presentan acciones de tutela de forma simultánea y sucesiva que comparten la triple identidad y, además, se constata "la ausencia de justificación en la presentación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso y de mala fe por parte del libelista"49. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional50, no existe mala fe y, por tanto, no se configura temeridad, cuando las acciones de tutela se presentan por: (i) la falta de conocimiento del demandante, (ii) el asesoramiento errado por parte de abogados y (iii) la condición de indefensión del actor o "la necesidad extrema de defender un derecho.

1. La Sala considera que en este caso no existe cosa juzgada en relación con los fallos de

tutela que resolvieron las acciones de tutela presentadas por la señora González Benavides el 9 agosto de 2010 (Rad. No. 2010-00074-00) y el 10 de febrero de 2022 (Rad. No. 2022-00098-00). Asimismo, la Sala considera que la accionante no incurrió en una actuación temeraria.

i. No existe cosa juzgada en relación con lo decidido en el fallo de tutela de 24 de agosto de 2010 (Rad. No. 2010-00074-00)

1. Por medio del fallo de 26 de julio de 2021, el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto negó el amparo solicitado por la señora Claudia Patricia González Benavides. Lo anterior, al considerar que existía cosa juzgada constitucional en relación con el fallo de tutela proferido el 24 de agosto de 2010 por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto, el cual resolvió una acción de tutela que la accionante interpuso en contra de SALUDCOOP. Por lo tanto, consideró que la accionante debía tramitar sus solicitudes por medio de un incidente de desacato.

1. La Sala discrepa de la posición del juez de única instancia. En este caso no se configura el fenómeno de la cosa juzgada constitucional en relación con lo decidido por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto en el fallo de 24 de agosto de 2010. Esto, porque entre la acción de tutela que fue resuelta mediante dicho fallo (Rad. No. 2010-00074-00) y la presente acción de tutela no existe identidad de hechos, partes y pretensiones:

1. No existe identidad de partes, dado que la primera acción de tutela fue presentada en contra SALUDCOOP EPS, mientras que en la que la Sala revisa en este caso, la parte accionada es EMSSANAR. La Sala advierte que EMSSANAR no asumió la afiliación de la accionante una vez esta fue liquidada. La accionante informó que después de que SALUDCOOP EPS fue liquidada, se afilió a Cafesalud y posteriormente a Medimás. Dos años después, la accionante decidió afiliarse a EMSSANAR de manera voluntaria. Por lo tanto, no

es posible inferir que EMSSANAR es la sucesora procesal de SALUDCOOP.

2. No existe identidad de hechos, porque los hechos presuntamente vulneradores que motivaron la presentación de las solicitudes de amparo son diferentes. En la primera acción de tutela, la accionante denunciaba que SALUDCOOP EPS se había negado a cubrir los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que requería para poder asistir a la cita con el especialista en neurología en la ciudad de Bogotá, la cual había sido ordenada por el médico tratante. En la presente acción de tutela, en contraste, el hecho presuntamente vulnerador es la negativa de EMSSANAR a suministrar la silla de ruedas que el médico tratante le ordenó el 21 de abril de 2021.

3. No existe identidad de pretensiones, habida cuenta de que los insumos y tecnologías en salud cuyo suministro se solicitaba era parcialmente distinto. En la primera acción de tutela, la señora Claudia Patricia González solicitó cubrir los gastos de transporte para poder asistir a una cita médica con especialista en la ciudad de Bogotá. En la presente acción de tutela, la principal pretensión es que se ordene a EMSSANAR suministrar la silla de ruedas con medidas antropométricas.

1. En tales términos, la Sala concluye que no existe cosa juzgada constitucional. Asimismo, la Sala encuentra, que, a diferencia de lo que concluyó el juzgado de instancia, las pretensiones de la accionante no pueden ser tramitadas y resueltas por medio de un incidente de desacato del fallo de tutela de 24 de agosto de 2010. De acuerdo con el artículo 27 del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional, el incidente de desacato es una “herramienta jurídica de coacción”51, que tiene por objeto conminar el cumplimiento de los fallos de tutela por parte de los destinatarios de las órdenes. La EPS EMSSANAR, a quien la accionante dirige las pretensiones de la presente solicitud de amparo, no fue parte de la acción de tutela interpuesta en el año 2010 y tampoco es la destinataria de las órdenes que fueron dictadas por el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto. Por lo tanto, no es la responsable del cumplimiento de dicho fallo y no es procedente iniciar un incidente de desacato en su contra.

i. No existe cosa juzgada constitucional con respecto a los fallos de tutela que resolvieron la acción de tutela Rad No. 2022-00098-00

1. El 10 de febrero de 2022, la accionante presentó una tercera acción de tutela en contra de EMSSANAR (Rad. No. 2022-00098-00) en la que solicitaba (i) el amparo de sus derechos fundamentales a la salud y mínimo vital y (ii) ordenar a EMSSANAR suministrar la silla de ruedas con medidas antropométricas. Por medio de los fallos de 24 de febrero y 1 de abril de 2022, los Juzgados Tercero Civil Municipal y Tercero Civil del Circuito de Pasto, concedieron el amparo y ordenaron a la EPS EMSSANAR suministrar la silla de ruedas. En cumplimiento de dichos fallos, el 2 de septiembre de 2022 la EPS EMSSANAR entregó a la accionante la silla de ruedas.

1. La Sala considera que no existe cosa juzgada constitucional en relación con los fallos de tutela que resolvieron la tercera acción de tutela interpuesta por la accionante (Rad. No. 2022-00098-00). La Sala reconoce que entre dicha acción de amparo y la acción de tutela sub examine existe identidad de partes, hechos y pretensiones. En efecto, (i) la parte accionada en ambos casos era EPS EMSSANAR, (ii) el hecho vulnerador denunciado era idéntico: la negativa de EMSSANAR a suministrar la silla de ruedas y (iii) la principal pretensión era que se ordenara a la EPS la entrega de dicha tecnología en salud.

1. No obstante, la Sala advierte que los fallos de tutela que resolvieron la tercera acción de amparo no han surtido el trámite de selección y eventual revisión y, por lo tanto, en estricto sentido, no han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional. En efecto, mediante escrito del 27 de enero de 2023 el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto informó a la Corte que el expediente de tutela Rad. No. 2022-00098-00 había sido enviado a la Corte para el trámite de revisión el 26 de enero de 2023.

1. Por último, la Sala considera que la señora González Benavides no incurrió en una

actuación temeraria, porque la presentación de las solicitudes de amparo no respondió a un actuar doloso o de mala fe. Por el contrario, en sede de revisión, la accionante informó a la Corte que presentó estas acciones de tutela por la necesidad urgente de acceder a la silla de ruedas, y la negativa reiterada de la EPS, la cual le causaba múltiples afectaciones de salud, habida cuenta de las limitaciones en movilidad de las que padece. Del mismo modo, informó que la tercera acción de tutela fue interpuesta con ayuda de la Personería Municipal de Pasto52. En criterio de la Sala estas circunstancias descartan que la accionante haya actuado con temeridad.

3.4. Carencia actual de objeto

1. La carencia actual de objeto es un fenómeno jurídico que se presenta cuando la causa que motivaba la solicitud de amparo se extingue o "ha cesado"53. En este evento, el pronunciamiento del juez de tutela frente a las pretensiones de la acción de tutela se torna innecesario, dado que no tendría efecto alguno o "caería en el vacío"54. La Corte Constitucional ha identificado tres hipótesis en las que se presenta la carencia actual de objeto: (i) daño consumado, (ii) hecho superado y (iii) situación sobreviniente:

1. Daño consumado. Ocurre cuando "se ha perfeccionado la afectación que con la tutela se pretendía evitar, de forma que (…) no es factible que el juez de tutela dé una orden para retrotraer la situación"55.

2. Hecho superado. Se configura en aquellos eventos en los que la pretensión contenida en la acción de tutela se satisfizo por completo por un acto voluntario del responsable56.

3. Situación sobreviniente. Se presenta cuando sucede una situación que acarrea la inocuidad de las pretensiones57 y que no tiene origen en una actuación voluntaria de la parte accionada dentro del trámite de tutela58. La Corte Constitucional ha sostenido que la situación sobreviniente es una categoría residual diseñada para cubrir escenarios que no encajan en las categorías de daño consumado y hecho superado59. Conforme a la

jurisprudencia constitucional, los siguientes eventos configuran carencia actual de objeto por situación sobreviniente: (i) el accionante “asumió la carga que no le correspondía”60, para superar la situación que generó la vulneración; (ii) un tercero –distinto al accionante y a la entidad demandada– ha logrado que la pretensión de la tutela se satisfaga en lo fundamental61 y (iii) la vulneración o amenaza advertida cesó “en cumplimiento de las órdenes dictadas en una providencia judicial”62.

1. La configuración de la carencia actual de objeto antes o durante el proceso de tutela no impide, per se, que el juez constitucional emita un pronunciamiento de fondo63. Es posible que el proceso amerite un pronunciamiento adicional “no para resolver el objeto de la tutela –el cual desapareció por sustracción de materia-, pero sí por otras razones que superan el caso concreto”64. En particular, la Corte Constitucional ha señalado que, en los casos de carencia actual por daño consumado, el juez tiene el deber65 de examinar de fondo si “se presentó o no la vulneración que dio origen a la acción de amparo”66. Por su parte, en los eventos de carencia actual de objeto por hecho sobreviniente o hecho superado, no es perentorio que el juez de tutela haga un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, podrá hacerlo cuando lo considere necesario para, entre otros: “a) llamar la atención sobre la falta de conformidad constitucional de la situación que originó la tutela y tomar medidas para que los hechos vulneradores no se repitan; b) advertir la inconveniencia de su repetición, so pena de las sanciones pertinentes; c) corregir las decisiones judiciales de instancia; o d) avanzar en la comprensión de un derecho fundamental”67.

1. Como se expuso (ver párr. 24 supra), por medio de los fallos de 24 de febrero y 1 de abril de 2022, los Juzgados Tercero Civil Municipal y Tercero Civil del Circuito de Pasto, concedieron el amparo solicitado por la accionante y ordenaron a la EPS EMSSANAR suministrar la silla de ruedas. En cumplimiento de estos fallos de tutela, el 2 de septiembre de 2022, EMSSANAR suministró a la accionante la silla de ruedas.

1. La Sala considera que esta situación configura una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, puesto que acarrea la inocuidad de las pretensiones de la accionante encaminadas a la protección del derecho fundamental a la salud y al mínimo vital. En criterio

de la Sala, el suministro de la silla de ruedas en este caso no se enmarca en la hipótesis de hecho superado, puesto que no fue un acto voluntario por parte de la accionada. Por el contrario, EMSSANAR hizo la entrega de esta tecnología en salud en cumplimiento de las decisiones judiciales proferidas en el trámite de la acción de tutela Rad No. 2022-00098-00. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional68, el cumplimiento de una decisión judicial que acarrea la extinción de la causa que motivó la acción de tutela constituye una situación sobreviniente.

1. Por otra parte, la Sala encuentra que en este caso no es procedente ni necesario emitir un pronunciamiento de fondo. Esto es así, fundamentalmente porque ya existen decisiones judiciales -los fallos de tutela dictados en la acción de tutela Rad. No. 2022-00098-00- que resolvieron la controversia entre la accionante y EMSSANAR y adoptaron las medidas tendientes a proteger los derechos fundamentales. Aunque en estricto sentido estos fallos de tutela no han hecho tránsito a cosa juzgada constitucional, sí se encuentran en firme y fueron cumplidos por la parte accionada, por lo que cualquier pronunciamiento adicional podría relativizar sus efectos y vinculatoriedad. Por esta razón, en la parte resolutiva la Sala se limitará a revocar el fallo de única instancia de 26 de julio de 2021 mediante el cual el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías negó el amparo. En su lugar, declarará la carencia actual de objeto.

1. Expediente T-8.893.943. Acción de tutela presentada por Carmenza Zuluaga Cerquera, como agente oficiosa de su madre Teófila Cerquera Gómez, en contra de COSMITET

4.1. Delimitación del asunto objeto de revisión, problema jurídico y metodología de resolución

1. La acción de tutela T-8.893.943 versa sobre la presunta violación del derecho fundamental a la salud de la señora Teófila Cerquera Gómez. La accionante considera que COSMITET

vulneró este derecho dado que se negó a suministrar los pañales que esta requiere, habida cuenta de que padece de incontinencia urinaria y fecal. COSMITET, por su parte, considera que la negativa se ajusta a derecho, porque conforme al Plan Integral en Salud del Magisterio y el contrato suscrito con la Fiduprevisora S.A, los pañales están expresamente excluidos de cobertura. En primera y segunda instancia, los jueces de tutela negaron el amparo.

1. En estos términos, la Sala debe resolver el siguiente problema jurídico:

¿COSMITET vulneró el derecho fundamental a la salud de la señora Teófila Cerquera Gómez al negar el suministro de los pañales que esta solicitó con fundamento en que estos insumos están expresamente excluidos de las coberturas del Plan Integral en Salud del Magisterio diseñado por la Fiduprevisora S.A?

1. Para resolver el problema jurídico, la Sala, en primer lugar, estudiará si la acción de tutela satisface los requisitos generales de procedibilidad. En segundo lugar, de ser procedente, examinará si la negativa de COSMITET vulnera los derechos fundamentales y, en particular, desconoce las reglas jurisprudenciales sobre la cobertura de servicios y tecnologías en salud. Por último, con fundamento en tales consideraciones, adoptará los remedios y órdenes que correspondan.

4.2. Examen de procedibilidad

1. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que la acción de tutela es un mecanismo judicial subsidiario, residual, informal y autónomo que tiene por objeto garantizar la “protección inmediata de los derechos fundamentales” de los ciudadanos por medio de un “procedimiento preferente y sumario”69. De acuerdo con lo previsto por el Decreto 2591 de

1991 y el desarrollo jurisprudencial de esta Corte, son requisitos generales de procedencia de la acción de tutela: (i) la legitimación en la causa (por activa y por pasiva), (ii) la inmediatez y (iii) la subsidiariedad. El cumplimiento de estos requisitos de procedencia es una condición para que el juez de tutela pueda emitir un pronunciamiento de fondo.

i. Legitimación en la causa

1. Legitimación en la causa por activa. El artículo 86 de la Constitución Política dispone que "[t]oda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces (…), por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales". Por su parte, el artículo 10º del Decreto 2591 de 1991 señala que la solicitud de amparo puede ser presentada: (i) a nombre propio, (ii) mediante representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) mediante agente oficioso. En este sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que el requisito de legitimación por activa exige que la tutela sea presentada por quien tenga un interés cierto, directo y particular en la solución de la controversia70.

1. El artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispone que en el trámite de tutela es posible "agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa". La agencia oficiosa es el mecanismo procesal que permite que un tercero (agente) interponga, directamente y sin necesidad de poder, acción de tutela en favor del titular de los derechos fundamentales (agenciado)71. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la procedencia de la agencia oficiosa en los procesos de tutela está supeditada al cumplimiento de dos "requisitos normativos"72. Primero, la manifestación del agente oficioso de estar actuando en tal calidad. Al respecto, el artículo 10.2 del Decreto Ley 2591 de 1991 prescribe que el agente debe manifestar que actúa "en defensa de derechos ajenos"73, sin que se requieran "fórmulas sacramentales"74 para tal manifestación75. Segundo, la imposibilidad del agenciado de defender directamente sus derechos76. La imposibilidad para acudir directamente a la acción de tutela va más allá "de

lo que legalmente constituye la capacidad”77 y, en este sentido, también puede inferirse si la agenciada se encuentra en un “estado de indefensión que le impida acudir a la justicia”78.

1. La Sala considera que la acción de tutela T-8.893.943 satisface el requisito de legitimación en la causa por activa, debido a que a la señora Teófila Cerquera Gómez es la titular de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados y, además, se cumplen los requisitos de la agencia oficiosa. De un lado, la señora Carmenza Zuluaga Cerquera aseguró de forma explícita que interponía la acción de tutela en favor de su madre79 con el propósito de proteger sus derechos fundamentales. De otra parte, existen elementos de juicio que permiten inferir que la señora Cerquera Gómez se encuentra imposibilitada de defender directamente sus derechos, debido a que es una mujer de 91 años y, según la historia clínica, padece, entre otras enfermedades, de incontinencia, EPOC, hipotiroidismo y pop tardío. También tiene dificultad para movilizarse por cuenta propia y necesita de acompañamiento y asistencia constante para realizar cualquier actividad.

1. Legitimación en la causa por pasiva. El requisito de legitimación en la causa por pasiva exige que la acción de tutela sea interpuesta en contra del sujeto -autoridad pública o privado- que cuenta con la aptitud o “capacidad legal”80, bien sea porque es el presunto responsable de los hechos vulneradoras o es el llamado a responder por las pretensiones. En concordancia con el inciso 5º del artículo 86 de la Constitución81, el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 prevé las hipótesis en las que la acción de tutela procede contra sujetos privados. En concreto, el numeral 2º dispone que la acción de tutela será procedente contra acciones y omisiones de particulares cuando el accionado “está encargado de la prestación del servicio público de salud”.

1. A continuación, la Sala examina la legitimación en la causa por pasiva de la accionada y las entidades vinculadas.

1. COSMITET. La Sala encuentra que COSMITET está legitimada en la causa por pasiva porque es la entidad que tiene a su cargo la prestación de los servicios de salud de la señora Cerquera Gómez y es a quien la accionante le atribuye la vulneración de sus derechos fundamentales. En efecto, la señora Cerquera Gómez está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS) en el régimen contributivo como beneficiaria de su hija, Carmenza Zuluaga Cerquera. La hija de la accionante es cotizante del régimen especial de salud del Magisterio y escogió a COSMITET como institución prestadora de salud (IPS)82. El artículo 2 del contrato firmado entre Fiduprevisora S.A y COSMITET dispone que esta IPS tiene la obligación de prestar los servicios de salud a sus afiliados y beneficiarios83.

2. FOMAG. La Sala considera que el FOMAG está legitimado en la causa por pasiva. Los artículos 53 y 54 del Código General del Proceso disponen que los patrimonios autónomos tienen capacidad para ser parte y comparecen a los procesos judiciales "a través de sociedades fiduciarias (…) o apoderado de la respectiva sociedad fiduciaria". En este caso, la Sala observa que quien comparece ante la presente acción de tutela es la Fiduciaria Fiduprevisora S.A quien, conforme al contrato suscrito con el FOMAG84, es su vocera y administradora. De otra parte, la Sala advierte que, conforme a la Ley 91 de 1989, la Fiduprevisora S.A es la responsable de diseñar el Plan Integral de Salud del Magisterio el cual contiene, entre otras, las reglas de cobertura. En este caso, la accionante reprocha que el Plan Integral en Salud vigente excluye a los pañales de cobertura, lo cual en su criterio contraría la jurisprudencia constitucional y vulnera los derechos fundamentales de su madre. En criterio de la Sala, la entidad que estaría llamada a responder por este presunto hecho vulnerador es la Fiduprevisora S.A85.

3. ADRES y Ministerio de Salud y Protección Social. La Sala considera que estas entidades no están legitimadas en la causa por pasiva dado que dentro de sus funciones constitucionales, legales y contractuales no está la prestación de servicios en salud. Además, los hechos presuntamente vulneradores no les son atribuibles por lo que no son las llamadas a resolver las pretensiones. De un lado, la ADRES tiene competencias para "garantizar el adecuado flujo y los respectivos controles de recursos del [SGSSS]"86. Por su parte, el Ministerio de Salud y Protección tiene a su cargo la función de "[f]ormular la política, dirigir, orientar, adoptar y evaluar los planes, programas y proyectos del Sector Administrativo de Salud y Protección

Social”87. La señora Cerquera Gómez no formula solicitud alguna que se relacione con el ejercicio de tales competencias y obligaciones contractuales.

i. Inmediatez

1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución y la jurisprudencia constitucional, el requisito de procedibilidad de inmediatez exige que la acción de tutela sea presentada en un “término razonable”88 respecto de la ocurrencia de los hechos que dieron lugar a la presunta amenaza o vulneración de los derechos fundamentales89. La Sala considera que la solicitud de tutela presentada por la señora Zuluaga Cerquera satisface el requisito de inmediatez. El hecho presuntamente vulnerador tuvo lugar el 22 de marzo de 2022, fecha en la que COSMITET respondió al derecho de petición presentado por la agente y explicó las razones por las cuales consideraba que no era procedente autorizar el suministro de los pañales. Por su parte, la acción de tutela fue presentada el 4 de mayo de 2022, esto es, menos de dos meses después del hecho presuntamente vulnerador, lo que en criterio de la Sala constituye un término razonable.

i. Subsidiariedad

1. El artículo 86 de la Constitución Política prescribe que la acción de tutela tiene carácter subsidiario respecto de los medios ordinarios de defensa judicial90. En virtud del principio de subsidiariedad, la acción de tutela sólo procede en dos supuestos91. Primero, como mecanismo definitivo de protección, cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial idóneo y efectivo para proteger los derechos fundamentales. El medio de defensa es idóneo si “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”92. Por su parte, es eficaz (i) en abstracto, cuando “está diseñado para brindar una protección oportuna a los derechos amenazados o vulnerados”93 y (ii) en concreto, si “atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”94, es lo suficientemente expedito para garantizar estos derechos95. Segundo, como mecanismo de

protección transitorio si, a pesar de existir medios ordinarios idóneos y eficaces, la tutela se utiliza con el propósito de evitar un perjuicio irremediable96.

1. De acuerdo con los artículos 148 de la Ley 446 de 1998 y 41 de la Ley 1122 de 2007, las controversias entre los afiliados y las EPS relacionadas con el suministro de insumos, servicios y tecnologías en salud deben ser resueltas, de manera preferente, por medio del proceso ordinario ante la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante "SNS"). De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, este mecanismo ordinario es prima facie idóneo, dado que inciso 1 literal a) del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 establece que la SNS podrá conocer y fallar en derecho, y con las facultades propias de un juez, los asuntos relacionados con la cobertura de los servicios y tecnologías en salud incluidos en el POS -hoy PBS-, "cuando su negativa por parte de las EPS o quien haga sus veces ponga en riesgo o amenace la salud del usuario". Asimismo, es eficaz en abstracto habida cuenta de que es (i) informal, (ii) preferente y sumario, y (iii) permite que el juez adopte medidas cautelares para garantizar la protección de los derechos de los afiliados97.

1. No obstante, en la sentencia SU-508 de 2020 la Corte Constitucional resaltó que existen situaciones estructurales y normativas que hacen que el recurso ante la SNS no sea idóneo ni eficaz. En cuanto a lo primero —las situaciones estructurales— la Sala resaltó que la SNS "tiene una capacidad limitada respecto a sus competencias jurisdiccionales"98 y se encuentra en una imposibilidad de tramitar las solicitudes en el término de 10 días previsto en la ley. En cuanto a lo segundo —las situaciones normativas— la Corte resaltó que ley no define término para resolver la apelación ni prevé un mecanismo para garantizar el efectivo cumplimiento de la decisión. En este sentido, la Corte Constitucional concluyó que, mientras dichas situaciones no se resuelvan, dicho mecanismo jurisdiccional "no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del [SGSSS] y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar dichos derechos"99.

1. En estos términos, la Sala considera que la acción de tutela presentada por la señora Zuluaga Cerquera en favor de su madre, la señora Teófila Cerquera Gómez, satisface el requisito de subsidiariedad. Esto es así, debido a que por las situaciones estructurales y normativas descritas, el recurso ante la SNS no constituye un mecanismo idóneo y eficaz de protección. En todo caso, la Sala advierte que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional porque que es una mujer de la tercera edad (91 años). Además, está en una situación de vulnerabilidad social y económica dado que (i) se encuentra desempleada y no cuenta con recursos para acceder a los servicios y tecnologías en salud que requiere y (ii) padece de múltiples quebrantos de salud, tales como incontinencia, EPOC, hipotiroidismo y pop tardío, entre otras. En tales términos, la intervención urgente del juez de tutela es necesaria para garantizar sus derechos fundamentales. Por esta razón, la tutela debe proceder como mecanismo definitivo de protección.

4.3. Análisis de fondo

1. En el presente acápite, la Sala examinará si COSMITET y la Fiduprevisora S.A vulneraron el derecho fundamental a la salud de la señora Cerquera Gómez. Para ello, en primer lugar, determinará el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud. Luego, se referirá al derecho de los usuarios a acceder a los servicios y tecnologías en salud que la atención de su estado de salud requiere. En esta sección, la Sala hará especial énfasis en las reglas jurisprudenciales relativas al suministro de pañales de los docentes y beneficiarios que se encuentren afiliados al régimen especial de salud del Magisterio. Por último, con fundamento en tales consideraciones, resolverá el caso concreto.

4.3.1. El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

i. Fundamento constitucional, contenido y ámbito de protección del derecho fundamental a la salud

1. El artículo 49 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la salud. Este derecho también se encuentra consagrado en otros instrumentos internacionales que forman parte del bloque de constitucionalidad. En particular, el artículo 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el artículo 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La protección de la salud es un pilar esencial del Estado Social de Derecho debido a que busca "generar unas condiciones de vida mínimas que sean compatibles con la dignidad del ser humano"100 y, además, es un "elemento indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos"101.

1. El derecho fundamental a la salud es el derecho humano universal a gozar y disfrutar del "más alto nivel posible de salud" 102 que permita a las personas vivir dignamente. La Corte Constitucional ha enfatizado que el objeto de protección de este derecho -la salud- debe entenderse de forma amplia, lo que implica que no se restringe a la simple preservación de la "normalidad orgánica funcional, física y mental"103. La protección a la salud también abarca una amplia gama de factores socioeconómicos, bienes y servicios que inciden en la posibilidad de que una persona pueda llevar una vida sana. Estos incluyen, entre otros, la "alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua limpia potable y a condiciones sanitarias adecuadas, condiciones de trabajo seguras y sanas y un medio ambiente sano"104.

1. En el ordenamiento jurídico colombiano, el ámbito de protección del derecho fundamental a la salud está desarrollado, principalmente, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 "[p]or medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones" (en adelante "LES"). De acuerdo con la LES y la jurisprudencia constitucional, el ámbito de protección este derecho fundamental comprende: (i) cuatro componentes esenciales, (ii) los principios constitucionales del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), (iii) las obligaciones del Estado en la prestación del servicio público de atención en salud y (iv) los derechos de los usuarios y afiliados.

1. Los componentes o “elementos esenciales e interrelacionados”105 del derecho fundamental a la salud son: (i) la disponibilidad, (ii) la aceptabilidad, (iii) la accesibilidad y (iv) la calidad.

Componentes del derecho fundamental a la salud

Disponibilidad

Impone al Estado la obligación de garantizar “la existencia de servicios y tecnologías e instituciones de salud, así como de programas de salud y personal médico y profesional competente”106.

Aceptabilidad

Exige a los diferentes agentes del sistema (i) ser respetuosos de la ética médica, así como de las diversas culturas de las personas, minorías étnicas, pueblos y comunidades, respetando sus particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud, (ii) “responder adecuadamente a las necesidades de salud relacionadas con el género y el ciclo de vida” y (iii) “prestar los servicios para mejorar el estado de salud de las personas dentro del respeto a la confidencialidad”107.

Accesibilidad

Los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles a todos, “en condiciones de igualdad, dentro del respeto a las especificidades de los diversos grupos vulnerables y al pluralismo cultural”108. La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información

Calidad

1. El artículo 49 de la Constitución dispone que la atención en salud es un servicio público a

cargo del Estado. A dichos efectos, el legislador creó el Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y lo definió como el conjunto articulado y armónico de principios y normas, políticas públicas e instituciones dispuestas por el Estado para regular la prestación del servicio público de atención salud109. El artículo 6 de la LES prevé que son principios del SGSSS: (i) la equidad, (ii) la universalidad, (iii) la continuidad, (iv) la oportunidad, (v) la solidaridad, (v) la eficiencia (vi) la sostenibilidad, (vii) la interculturalidad, (viii) el principio de interpretación pro homine, (ix) la progresividad, (x) la libre elección y (xi) integralidad110, entre otros.

1. De los componentes esenciales del derecho fundamental a la salud y los principios del SGSSS se derivan múltiples prerrogativas de los usuarios o afiliados (art. 10 de la LES), así como obligaciones de respeto, garantía y cumplimiento a cargo del Estado (art. 5 de la LES). En atención al objeto de la presente tutela, a continuación, la Sala desarrollará en detalle el contenido y alcance de (i) el derecho de las personas a acceder a servicios y tecnologías en salud, (ii) el principio de integralidad del SGSSS y (iii) la obligación del Estado de financiar con recursos públicos el suministro de tecnologías y servicios en salud.

i. El acceso a servicios y tecnologías en salud. Régimen de inclusión y exclusión

1. El artículo 10111 de la LES prescribe que las personas tienen derecho al acceso y provisión oportuna de los servicios y tecnologías que sean necesarios112 para asegurar una atención en salud integral113. En concordancia, el artículo 5(i) ibidem dispone que una de las obligaciones esenciales del Estado es “[a]doptar la regulación y las políticas indispensables para financiar de manera sostenible los servicios de salud y garantizar el flujo de los recursos para atender de manera oportuna y suficiente las necesidades en salud de la población”. El acceso y provisión de servicios y tecnologías en salud debe ser “integral” lo que implica que el Estado tiene de “asegurar la disponibilidad de todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones necesarias para garantizar la plenitud física y mental de los individuos”114. En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU ha

señalado que una de las obligaciones internacionales básicas (core obligations) de cumplimiento inmediato de los Estados es garantizar el acceso a los medicamentos esenciales, bienes y servicios de salud “sobre una base no discriminatoria”115.

1. Ahora bien ¿cuáles son los servicios y tecnologías en salud a los que las personas tienen derecho? El legislador estatutario prescribió que el Estado garantizará el acceso a los servicios y tecnologías en salud que se encuentren cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (PBS)116. El PBS es el esquema de aseguramiento que define los servicios y tecnologías a los que tienen derecho los usuarios del sistema de salud para la prevención, paliación y atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas117.

1. Por medio del artículo 15 de la LES, el legislador estatutario adoptó un “modelo de exclusión expresa”118 conforme al cual el paciente tiene derecho a recibir todos los servicios y tecnologías en salud salvo aquellos que estén expresamente excluidos119. En estos términos, la cobertura de todos los servicios y tecnologías que son necesarios para garantizar el derecho a la salud es la regla general y “las exclusiones la excepción”120. Los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS se financian con recursos públicos, en particular, con recursos de los fondos del SGSSS que son girados a cada Empresa Promotora de Salud (EPS). El artículo 2º del Decreto Ley 4107 de 2011 dispone que es función del Ministerio de Salud y Protección Social (MSPS) definir los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS, así como fijar el listado de exclusiones. Asimismo, el inciso 1º del artículo 15 de la LES dispone que el MSPS debe actualizar el PBS anualmente a partir de una “concepción integral de la salud”, así como criterios técnicos y financieros.

1. La Corte Constitucional ha señalado que, a partir de los criterios de inclusión/exclusión en el PBS previstos en el artículo 15 de la LES, existen dos tipos de servicios y tecnologías en salud:

1. Grupo 1: Los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. De acuerdo con el artículo 15 de la LES y la jurisprudencia constitucional, forman parte del PBS: (i) los servicios y tecnologías en salud expresamente incluidos en el PBS (regla de inclusión explícita) y (ii) todos los servicios o tecnologías en salud que no se encuentren excluidos de forma expresa en la lista de exclusiones121 (regla de inclusión implícita). Estos servicios y tecnologías en salud deben ser financiados con cargo a los recursos del SGSSS. Las entidades promotoras de salud (EPS) y las instituciones prestadoras de servicios de salud (IPS) están obligadas a suministrar los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS. El suministro de estos insumos sólo está supeditado al cumplimiento de un requisito: la existencia de una prescripción del médico tratante que determine que el paciente requiere el insumo122. La capacidad económica del paciente no es un requisito para la entrega de los servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS. En tales términos, la negativa a entregar estos insumos si existe orden médica constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud123.

1. La Corte Constitucional ha aclarado que el juez de tutela está facultado para ordenar directamente el suministro a pesar de que no exista orden médica en dos supuestos excepcionales. Primero, cuando es un hecho notorio que el paciente requiere de los insumos. En estos eventos el juez de tutela podrá ordenar el suministro, pero deberá condicionarlo a la "posterior ratificación del profesional tratante"124. Segundo, existen indicios razonables que demuestren que su falta de suministro afecta la salud. En estos casos, el juez de tutela podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico y ordenará a la EPS respectiva "que disponga lo necesario para que sus profesionales adscritos, con el conocimiento de la situación del paciente, emitan un concepto en el que determinen"125 si el paciente requiere el insumo.

1. Grupo 2: Los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. La LES dispone que no forman parte del PBS y no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las exclusiones del PBS deben estar previstas de forma "expresa, clara y

determinada”126 en la norma reglamentaria que expida el MSPS a partir de “un procedimiento técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente”. Asimismo, las exclusiones deben corresponder a los criterios previstos en el inciso 2º del artículo 15 de la LES127. Por regla general, los servicios y tecnologías en salud expresamente excluidos del PBS no pueden ser financiados con cargo a los recursos públicos del SGSSS.

1. La Corte Constitucional ha precisado que la regla de exclusión, en virtud de la cual el suministro de los servicios y tecnologías expresamente excluidos del PBS no pueden ser financiados con cargo a recursos públicos del SGSSS, no es absoluta. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional128, esta regla puede ser inaplicada si se cumplen cuatro requisitos:

1. La ausencia del servicio o tecnología en salud excluido causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia u ocasiona un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave.

2. No existe dentro del PBS otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario.

4. El servicio o tecnología en salud excluido del PBS debe haber sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro. Conforme a la jurisprudencia constitucional este requisito puede ser exceptuado en algunos casos especiales (ver. párr. 73 supra).

1. En caso de que se acredite el cumplimiento de estos requisitos, los agentes del SGSSS deben suministrar el servicio y tecnología de salud correspondiente con cargo a los recursos públicos asignados a la atención en salud. Asimismo, el cumplimiento de estos requisitos habilita al juez ordinario y constitucional a ordenar su suministro.

i. El suministro de pañales. Reglas legales y jurisprudenciales de cobertura

1. Los pañales son una tecnología en salud que buscan contener y absorber los desechos fisiológicos de las personas que sufren de incontinencia o tienen movilidad reducida y, por lo tanto, “no pueden realizar sus necesidades en condiciones regulares”129. La Resolución 2273 de 2021 del MSPS, vigente al momento de interposición de la tutela, no enumera a los pañales dentro de la lista de exclusiones del PBS. En este sentido, conforme al modelo de exclusión expresa, la Corte Constitucional ha interpretado que estos insumos forman parte del PBS. Por lo tanto, deben financiarse con cargo a los recursos públicos de los fondos del SGSSS y las EPS están obligadas a suministrarlos a los pacientes que cuenten con orden médica.

1. La Corte Constitucional ha precisado, sin embargo, que el juez de tutela puede ordenar el suministro de esta tecnología por vía de tutela, a pesar de que existe prescripción médica. Esto ocurre, entre otros, en aquellos casos en los que historia clínica u otros medios de pruebas demuestran de forma evidente su necesidad “dada la falta del control de esfínteres, derivada de los padecimientos que aquejan a la persona o de la imposibilidad que tiene ésta para moverse sin la ayuda de otra”. En estos casos, el juez de tutela podrá (i) amparar el derecho a la salud en su faceta prestacional y ordenar el suministro de los pañales de forma directa condicionado “a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante”130 o (ii) amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico. Esta segunda alternativa es procedente en aquellos casos en los que existe evidencia sobre la necesidad del insumo, pero las pruebas que obran en el expediente no dan cuenta de la periodicidad o cantidad en la que los pañales deben ser suministrados131.

1. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, “sí constituyen elementos indispensables para preservar el goce de una vida digna de quien lo requiere y, por tanto, se circunscriben al elemento de bienestar desarrollado por la definición de salud”132. Por lo

tanto, la negativa a autorizar su suministro constituye una vulneración del derecho fundamental a la salud y el mínimo vital del paciente.

4.3.2. El suministro de servicios y tecnologías en salud en el Régimen especial de Seguridad Social del Magisterio

1. El artículo 279 de la Ley 100 de 1993 prescribe que las reglas del Sistema Integral de Seguridad Social no se aplican a los "regímenes especiales". Estos regímenes tienen como finalidad "conceder beneficios legales"133 y otorgar una mayor protección en seguridad social a grupos determinados de trabajadores134. Lo anterior, en atención a las particularidades de las labores que ejercen, las contingencias y riesgos a las que se enfrentan y la importancia de las finalidades constitucionales a las que contribuyen135.

1. El régimen de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (en adelante "FOMAG") es un régimen especial que se rige por sus propias reglas. De acuerdo con la Ley 91 de 1989, el FOMAG es una cuenta especial de la Nación, con independencia presupuestal, que tiene como fin garantizar la prestación de los servicios de salud que requieran los docentes del país y sus respectivos beneficiarios. El artículo 6º de la Ley 60 de 1993136 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, tienen la obligación de afiliarse al FOMAG para recibir los servicios de atención en salud. Actualmente, los recursos del FOMAG son administrados por la Fiduciaria la Previsora S.A (en adelante "Fiduprevisora S.A"). La Fiduprevisora S.A tiene la obligación de contratar las instituciones prestadoras de servicios en salud (IPS) que prestarán los servicios de atención en salud a los docentes afiliados y sus beneficiarios137. Este régimen especial cuenta con un Plan Integral de Salud que está contenido en el Acuerdo 04 de 2004.

1. El Anexo 1 al Plan Integral de Salud el Magisterio regula las reglas de cobertura. Este

Anexo prevé una regla general similar a la prevista en el artículo 15 de la LES según la cual "[t]odo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido"138. Asimismo, dispone de manera expresa que los pañales están excluidos del Plan Integral de Salud139. Los contratos que la Fiduprevisora S.A ha suscrito con las IPS para la prestación de los servicios en salud a los docentes afiliados y sus beneficiarios replican esta exclusión y precisan que los pañales no forman parte de las coberturas. Por esta razón, a pesar de que los pañales forman parte el PBS en el SGSSS en virtud de la regla de inclusión implícita (ver párr. 73 supra), las IPS que tienen a su cargo a la prestación de los servicios en salud del Magisterio se niegan a autorizar el suministro de dicho insumo a los docentes afiliados o los beneficiarios que los requieren.

1. La Corte Constitucional se ha pronunciado sobre esta problemática en múltiples decisiones de tutela y, en concreto, ha estudiado si la negativa a suministrar los pañales por parte de las IPS constituye una vulneración al derecho fundamental a la salud de sus afiliados o beneficiarios. Sin embargo, la aproximación y el enfoque que las Salas de Revisión han adoptado para resolver este tipo de controversias no es uniforme. En efecto, esta Sala advierte que existen dos posturas claramente diferenciables en relación con la forma en la que las reglas de inclusión y exclusión en el PBS de los servicios y tecnologías en salud deben ser aplicadas en casos en los que el accionante se encuentra afiliado al régimen especial de salud del FOMAG y solicita el suministro de un servicio o tecnología en salud expresamente excluido del Plan Integral en Salud del Magisterio:

1. Postura 1. Los pañales están expresamente excluidos del Plan Integral en Salud del Magisterio. Por lo tanto, la procedencia su suministro debe examinarse a partir de la regla de exclusión expresa del régimen general. Esto implica que, en principio, no es procedente autorizar su suministro a menos de que se constate el cumplimiento de los cuatro requisitos desarrollados por la jurisprudencia constitucional para inaplicar la regla de exclusión. En estos términos, los docentes afiliados al FOMAG y sus beneficiarios sólo tendrán derecho al suministro de pañales si (i) la falta de suministro causa una amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, (ii) no existe dentro del Plan Integral en

Salud del Magisterio otro servicio o tecnología que supla la función de los pañales, (iii) el paciente carece de recursos económicos para asumir el costo de los pañales y (iv) existe orden médica. Esta posición ha sido adoptada en, entre otras, las sentencias T-248 de 2016 y T-245 de 2020.

2. Postura 2. No es posible que el Plan Integral en Salud del Magisterio excluya de la cobertura servicios o tecnologías en salud que forman parte del PBS. Esto, porque la Constitución no permite que el Magisterio confiera "una cobertura inferior a la prestada a los afiliados del régimen general en salud"140. La Fiduprevisora S.A tiene la obligación de actualizar la lista de exclusiones del régimen del Magisterio y los contratos respectivos "de conformidad a la legislación y jurisprudencia vigente en materia de salud". Los pañales están incluidos en el PBS y, por lo tanto, deben ser cubiertos por el Magisterio y suministrados a los docentes afiliados si existe orden médica. En caso de que no exista orden médica, el juez de tutela está facultado para ordenar su suministro si las pruebas que obran en el expediente dan cuenta de su necesidad. Esta postura fue recientemente sostenida por la Sala Segunda de Revisión en la sentencia T-332 de 2022. En esta decisión la Sala Segunda de Revisión concluyó que la IPS PROINSALUD S.A. vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la accionante "al negarle la entrega de los pañales desechables que requería, (…) con independencia de que en el año 2017 al celebrarse el Contrato No. 12076-011-2017 se hubiera excluido de la lista de prestaciones el suministro de pañales".

1. Síntesis de las reglas de decisión. La siguiente tabla sintetiza las reglas jurisprudenciales relacionadas con el derecho de acceso a servicios y tecnologías en salud que son relevantes para resolver el presente caso:

El suministro de servicios y tecnologías en salud en el Régimen Especial del Magisterio

1. El artículo 10 de la LES prevé que el derecho de las personas a acceder a los servicios y tecnologías que sean necesarios para asegurar una atención en salud integral, oportuna y de alta calidad forma parte del ámbito de protección iusfundamental del derecho a la salud.

2. El legislador estatutario prescribió que el Estado garantizará el acceso a los servicios y tecnologías en salud que se encuentren cubiertos por el Plan de Beneficios en Salud (PBS). De acuerdo con el artículo 15 de la LES y la jurisprudencia constitucional, el legislador estatuario adoptó un modelo de exclusión expresa conforme al cual el paciente tiene derecho a recibir todos los servicios y tecnologías en salud salvo aquellos que expresamente sean excluidos.

3. Los pañales no se encuentran en la lista de exclusiones del MSPS. Por lo tanto, se encuentran implícitamente incluidos en el PBS y deben ser suministrados con cargo a los recursos públicos del SGSS siempre y cuando exista orden médica. No obstante, el juez de tutela puede ordenar su suministro en ausencia de orden médica si las pruebas que obran en el expediente demuestran de forma evidente su necesidad.

4. El Plan Integral de Salud del régimen especial de seguridad social del Magisterio dispone que los pañales están expresamente excluidos de las coberturas. Esta exclusión ha causado múltiples controversias entre los afiliados y las EPS e IPS encargadas de autorizar el suministro de pañales. Los usuarios afirman tener derecho al suministro debido a que en el régimen general los pañales se entienden implícitamente incluidos en el PBS. Las IPS o EPS, por su parte, sostienen que el suministro no es procedente porque estos insumos están expresamente excluidos. Las Salas de revisión de la Corte Constitucional han adoptado dos posturas para resolver estas controversias:

i. Postura 1. La procedencia del suministro de servicios o tecnologías en salud que, como los pañales, están expresamente excluidas del Plan Integral en Salud del Magisterio, debe examinarse a partir de la regla de exclusión expresa del régimen general.

ii. Postura 2. No es posible que el Plan Integral en Salud del magisterio excluya de la cobertura servicios o tecnologías en salud que forman parte del PBS. Los pañales forman parte del PBS del SGSSS y, por lo tanto, deben estar incluidas en el Plan Integral de Salud del Magisterio y ser suministradas a los docentes afiliados y sus beneficiarios.

4.3.3. Caso concreto

1. Posiciones de las partes. La señora Teófila Cerquera Gómez considera que COSMITET vulneró su derecho fundamental a la salud dado que los pañales forman parte del PBS y, sin embargo, la accionada se negó a suministrar los pañales que esta requiere habida cuenta de que padece de incontinencia urinaria y fecal. COSMITET, por su parte, sostiene que la negativa se ajusta a derecho, porque conforme al contrato suscrito con la Fiduprevisora S.A, los pañales están expresamente excluidos de la cobertura. En primera y segunda instancia, los jueces de tutela negaron el amparo al considerar que (i) los pañales se encuentran expresamente excluidos en el régimen especial del magisterio y (ii) en todo caso, la accionante contaba con capacidad económica para asumir su costo, pues su hija percibía ingresos que ascendían a 4 millones de pesos y era propietaria de bienes inmuebles.

1. Análisis de la Sala. La Sala considera que para resolver el presente caso debe determinar cuál de las posturas que han sido adoptadas por las Salas de Revisión debe ser aplicada. Lo anterior, debido a que la adopción de una u otra incide en el examen de la vulneración de los derechos fundamentales, así como en la determinación de los remedios.

1. En criterio de la Sala, las controversias en relación con el suministro de pañales a docentes afiliados o beneficiarios del régimen especial del magisterio deben resolverse conforme a la postura 2 supra (sentencia T-332 de 2022). Conforme a esta postura, no es posible que el Plan Integral en Salud del magisterio excluya de la cobertura servicios o tecnologías en salud que forman parte del PBS. En estos términos, dado que los pañales están incluidos implícitamente en el PBS del SGSS, estos deben ser cubiertas por el Magisterio y suministrados por las IPS a los docentes afiliados. La Sala considera que esta postura debe ser empleada en este caso, por tres razones:

1. Conforme a la jurisprudencia constitucional reiterada, los regímenes especiales de seguridad social deben otorgar un “nivel de protección igual o superior”141 al del régimen

general. En este sentido, no es posible que los regímenes especiales excluyan de la cobertura servicios y tecnologías en salud que, conforme al régimen general, forman parte del PBS. Lo anterior, a menos de que dispongan de otras prestaciones adicionales que "compensen la desigualdad frente al sistema general de seguridad social"142. Esto no supone equiparar el sistema de cobertura general con el sistema de cobertura de los regímenes especiales. Únicamente implica que el régimen general constituye un piso o mínimo de protección social.

2. Admitir, como lo sostiene la postura 1, que los regímenes especiales pueden otorgar una protección social menos favorable a la prevista en el SGSSS vulnera el derecho a la igualdad de los docentes afiliados y sus beneficiaros. Esto es así, porque admite que estos reciban un trato menos favorable al del resto de la población por el simple hecho de ser docentes, lo cual es abiertamente discriminatorio. Este trato menos favorable consiste en que para tener derecho al suministro de los pañales los afiliados del FOMAG deberían probar los cuatro requisitos desarrollados para inaplicar la regla de exclusión expresa, a saber: (i) riesgo a la salud, (ii) falta de capacidad económica, (iii) inexistencia de un servicio y tecnología que reemplace los pañales y (iv) contar con una orden médica. En contraste, el suministro de los pañales para los afiliados al régimen general únicamente estaría condicionada a un solo requisito: la existencia de orden médica. Esta diferencia de trato carece de justificación constitucional y es abiertamente discriminatoria.

3. La postura 2 es la que contribuye en mayor medida a la realización de los principios de integralidad e interpretación pro homine de la atención en salud. Lo primero –integralidad– dado que permite a los pacientes que padecen incontinencia urinaria o fecal, o cualquier otra patología que restrinja su movilidad, realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares y recibir un tratamiento completo. Lo segundo -pro homine-, porque es una interpretación del alcance del régimen de exclusiones del magisterio que es más favorable a la protección del derecho fundamental a la salud de los docentes afiliados y sus beneficiarios143.

1. Primero. La Fiduprevisora S.A, como administradora del FOMAG, tiene la obligación

constitucional y legal de actualizar las coberturas del Plan Integral en Salud conforme al PBS. La Constitución y la ley prohíben que servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS, bien explícita o implícitamente, sean excluidos de cobertura en el régimen del Magisterio. La Fiduprevisora S.A incumplió esta obligación, porque para la fecha de interposición de la tutela, el "Anexo No. 01 Cobertura y Plan de Beneficios" del Plan Integral de Salud preveía que los pañales se encontraban excluidos. Esta exclusión se replicó en el contrato No. 12076-006-2017 suscrito con COSMITET.

1. Segundo. COSMITET negó el suministro de los pañales con fundamento en que estos insumos se encuentran expresamente excluidos de las coberturas del Plan Integral en Salud del Magisterio. Esta negativa ignoró que la Constitución y la ley prohíben que el régimen especial de seguridad social en salud del Magisterio excluya de cobertura aquellos servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, están implícitamente incluidos en el PBS. Lo anterior, a menos de que prevea un insumo que cumpla la misma función y no desmejore la atención en salud. Esto es así, habida cuenta de que el PBS es un piso de protección social que prevé los servicios y tecnologías en salud mínimos a los que tienen derecho todas las personas.

1. Ahora bien, la Sala reconoce que el contrato No. 12076-006-2017 suscrito entre COSMITET y la Fiduprevisora S.A dispone que COSMITET está obligada a suministrar los servicios y tecnologías en salud que, conforme al Plan Integral en Salud, se encuentren cubiertos. En criterio de la Sala, sin embargo, estas disposiciones contractuales no justifican la negativa al suministro por parte de la IPS. Esto así, porque el cumplimiento de una obligación contractual no excusa el incumplimiento de una obligación de rango constitucional y legal. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de interpretación conforme exige a las IPS inaplicar las disposiciones contractuales que, de forma abierta y manifiesta, contraríen la ley y los derechos fundamentales de los usuarios, afiliados y beneficiarios.

1. Tercero. La Sala considera que el médico tratante vulneró el derecho de la accionante a la

provisión y acceso oportuno a las tecnologías y a los medicamentos requeridos para atender sus patologías previsto en el artículo 10 de la LES. Al respecto, la Sala resalta que:

1. El médico tratante no negó el suministro de los pañales con base en un criterio técnico-médico. El fundamento de la negativa fue, exclusivamente, que el Plan Integral en Salud del Magisterio excluye a los pañales de cobertura. La Sala reconoce que el artículo 17 de la LES dispone que "se garantizará la autonomía de los profesionales de la salud para adoptar decisiones sobre el diagnóstico y tratamiento de los pacientes que tienen a su cargo". En criterio de la Sala, sin embargo, esta autonomía no es absoluta y no puede desconocer el derecho al diagnóstico, el cual es una faceta del derecho fundamental a la salud. La faceta de diagnóstico exige que los médicos tratantes lleven a cabo una valoración técnica, científica y oportuna que "defina con claridad el estado de salud del paciente y los tratamientos médicos que requiere144. En este caso, el médico tratante se negó injustificadamente a llevar a cabo el diagnóstico, con fundamento en que los pañales se encuentran excluidos del régimen de coberturas del Magisterio, lo cual contraría la ley y la Constitución.

2. La necesidad del suministro de los pañales en este caso era evidente. En efecto, la historia clínica de la señora Cerquera Gómez, a la que el médico tratante tenía acceso, evidencia que (i) la accionante es un sujeto de especial protección constitucional dado que tiene 91 años, (ii) sufre de incontinencia urinaria y fecal y (iii) su movilidad es reducida y depende de la ayuda de terceros para desplazarse a cualquier lugar.

1. Cuarto. Los jueces de instancia desconocieron la jurisprudencia constitucional al concluir que el suministro de los pañales no era procedente dado que la hija de la accionante contaba con la capacidad económica para asumir su costo. La Sala reitera y reafirma que la acreditación de la falta de capacidad económica no es un requisito constitucional del suministro de los servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, forman parte del PBS por no estar excluidos expresamente. El Estado y la Fiduprevisora S.A tienen la obligación legal y constitucional de suministrar estos insumos a los pacientes que los requieran con cargo a los recursos públicos del SGSSS y del FOMAG, respectivamente. La

negativa a suministrar estos insumos con fundamento en la capacidad económica del paciente o su núcleo familiar constituye una barrera de acceso que vulnera el derecho fundamental a la salud y pone en riesgo el mínimo vital. Más aun cuando la paciente, como ocurre en este caso, es una adulta mayor titular de especial protección constitucional.

1. Con fundamento en tales consideraciones, la Sala concluye que COSMITET y la Fiduprevisora S.A vulneraron el derecho fundamental a la salud de la accionante.

4.3.4. Remedios y órdenes

1. Con el propósito de subsanar las violaciones al derecho fundamental a la salud y corregir los fallos de instancia, la Sala adoptará las siguientes órdenes y remedios.

1. Revocará los fallos de tutela de instancia que negaron el amparo. En su lugar, concederá el amparo del derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. La Sala considera que debe amparar el derecho fundamental a la salud en la faceta de diagnóstico porque no existe prescripción médica que ordene su suministro. A pesar de que es evidente que la accionante requiere los pañales habida cuenta de su estado de salud, la Sala encuentra que el médico tratante debe determinar la cantidad y periodicidad con que deben ser suministrados. En este sentido, la Sala ordenará a COSMITET que, en el término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente sentencia, confirme si la accionante requiere de pañales y determine las condiciones de cantidad y periodicidad en la que estos deben ser suministrados145. Una vez el médico tratante determine las condiciones del suministro COSMITET deberá hacer entrega inmediata de los pañales.

2. Ordenará a la Fiduprevisora S.A que actualice (i) el listado de exclusiones en materia de pañales previsto en el Plan Integral en Salud del Magisterio, de acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional y (ii) el Contrato No. 12076-006-2017, en conjunto con COSMITET.

I. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

1. La Sala Séptima de Revisión examinó las acciones de tutela presentadas por dos mujeres que reprochan que su EPS o IPS se ha negado a suministrar servicios y tecnologías en salud no excluidos del Plan de Beneficios en Salud (PBS) en el SGSSS.

1. Expediente T-8.896.372. Acción de tutela presentada por Claudia Patricia González Benavides en contra de EMSSANAR EPS

1. La acción de tutela. El 9 de julio de 2021, la señora Claudia Patricia González Benavides interpuso acción de tutela en contra de EMSSANAR al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la igualdad y a la integridad física. Esto, por cuanto la EPS se ha negado en múltiples ocasiones a proporcionarle una silla de ruedas con medidas antropométricas. EMSSANAR argumentó que los servicios que no son financiados con cargo a la UPC, como las sillas de ruedas, no se pueden prescribir en MIPRES por el médico tratante. No obstante, el 2 de septiembre de 2022, en cumplimiento de otro fallo de tutela (Rad. No. 2022-00098-00), EMSSANAR entregó a la accionante la silla de ruedas con medidas antropométricas que le había sido ordenada por el médico tratante.

1. Decisión de la Sala. La Sala advirtió que el 2 de septiembre de 2022 EMSSANAR suministro a la accionante la silla de ruedas con medidas antropométricas. Lo anterior, en cumplimiento

de fallos de tutela que fueron proferidos en una acción de amparo interpuesta por la accionante con posterioridad a solicitud de amparo sub examine. En criterio de la Sala, no existía cosa juzgada constitucional en relación con dichos fallos, dado que no se había surtido el trámite de selección y eventual revisión ante la Corte Constitucional. Sin embargo, la Sala consideró que la entrega de la silla de ruedas configuraba una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, puesto que supuso la extinción de la causa que motivaba la solicitud de amparo y tornaba innecesario cualquier pronunciamiento de fondo. En tales términos, revocó el fallo de única instancia y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto.

1. Expediente T-8.893.943. Acción de tutela presentada por Carmenza Zuluaga Cerquera, como agente oficiosa de su madre Teófila Cerquera Gómez, en contra de COSMITET

1. La acción de tutela. La señora Teófila Cerquera Gómez tiene 91 años de edad y está afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSS) en el régimen contributivo como beneficiaria de su hija, Carmenza Zuluaga Cerquera. La hija de la accionante es cotizante del régimen especial de salud del Magisterio y escogió a COSMITET como institución prestadora de salud (IPS). La señora Cerquera Gómez padece, entre otras enfermedades, de incontinencia urinaria y fecal, por lo que su hija ha solicitado en múltiples ocasiones el suministro de los pañales. COSMITET se ha negado a suministrarlos con fundamento en que se encuentran en la lista de exclusiones expresas del Anexo 01 del Acuerdo 04 de 2004 del Plan Integral de Salud del FOMAG con Fiduprevisora. En criterio de la accionante esta negativa vulneraba los derechos fundamentales de su madre.

1. Decisión de la Sala. La Sala encontró que COSMITET y la Fiduprevisora S.A vulneraron los derechos fundamentales a la salud de la señora Cerquera Gómez. Esto, por cuatro razones:

1. La Fiduprevisora S.A, como administradora del FOMAG, tiene la obligación de actualizar las coberturas del Plan Integral en Salud conforme al PBS. La Constitución y la ley prohíben que

servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS sean excluidos de cobertura en el régimen del Magisterio. La Fiduprevisora S.A incumplió esta obligación, porque para la fecha de interposición de la tutela, el “Anexo No. 01 Cobertura y Plan de Beneficios” del Plan Integral de Salud preveía que los pañales se encontraban excluidos. Esta exclusión se replicó en el contrato suscrito con COSMITET.

2. COSMITET negó el suministro de los pañales con fundamento en que estos insumos se encuentran expresamente excluidos de las coberturas del Plan Integral en Salud del Magisterio. Esta negativa ignoró que la Constitución y la ley prohíben que el régimen especial de seguridad social en salud del Magisterio excluya de cobertura aquellos servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, están implícitamente incluidos en el PBS. Lo anterior, a menos de que prevea un insumo que cumpla la misma función y no desmejore la atención en salud. Esto es así, habida cuenta de que el PBS es un piso de protección social que prevé los servicios y tecnologías en salud mínimos a los que tienen derecho todas las personas.

3. El médico tratante adscrito a COSMITET vulneró el derecho de la accionante a la provisión y acceso oportuno a las tecnologías para atender sus patologías previsto en el artículo 10 de la LES. Lo anterior, debido a que no negó el suministro de los pañales con base en un criterio técnico-médico. El fundamento de la negativa fue, exclusivamente, que el Plan Integral en Salud del Magisterio excluye a los pañales de cobertura, lo cual desconoce la faceta de diagnóstico del derecho fundamental a la salud. De otro lado, la Sala constató que la necesidad del suministro de los pañales en este caso era un hecho notario, habida cuenta de las patologías de la accionante.

4. Por último, la Sala resaltó que los jueces de instancia desconocieron la jurisprudencia constitucional al concluir que el suministro de los pañales no era procedente, dado que la hija de la accionante contaba con la capacidad económica para asumir su costo. La Sala reiteró y reafirmó que la acreditación de la falta de capacidad económica no es un requisito constitucional del suministro de los servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, forman parte del PBS.

1. Órdenes y remedios. Con fundamento en tales consideraciones, la Sala revocó los fallos de

tutela de instancia y, en su lugar, amparó el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Asimismo, ordenó la actualización correspondiente de las coberturas del Plan Integral en Salud del Magisterio.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional,

RESUELVE

PRIMERO. En el expediente T-8.896.372, REVOCAR la sentencia proferida el 26 de julio de 2021 por el Juzgado Sexto Penal Municipal Con Función de Control de Garantías de Pasto que negó la acción de tutela interpuesta por Claudia Patricia González Benavides. En su lugar, DECLARAR la CARENCIA ACTUAL DE OBJETO por situación sobreviniente.

SEGUNDO. En el expediente T-8.893.943, REVOCAR la sentencia proferida el 15 de junio de 2022 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia que confirmó el fallo de 27 de mayo de 2022, proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Armenia. En su lugar, AMPARAR el derecho fundamental a la salud en la faceta de diagnóstico en los términos explicados en el fundamento 94.1 supra.

TERCERO. ORDENAR a la Fiduciaria la Previsora S.A – FIDUPREVISORA S.A, en su condición de vocera y administradora del FOMAG, y COSMITET que, respectivamente, actualicen el listado de exclusiones en materia de pañales del Anexo 01 del Plan Integral de Salud del Magisterio, así como el Contrato No. 12076-006-2017, de conformidad con la Ley Estatutaria 1751 de

2015 y la sentencia SU-508 de 2020.

CUARTO. Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Comuníquese y cúmplase.

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA

Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSE FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 La situación fáctica descrita en esta sentencia se circunscribe a las aseveraciones que cuentan con respaldo probatorio, recaudado en las instancias de tutela o en sede de revisión.

2 Historia clínica, fl. 1.

3 Anexo acción de tutela, fl. 20.

4 Id. Fl, 31.

5 Id, fl.2.

6 Id.

7 Respuesta al derecho de petición 1 de julio de 2021 de EPS EMSSANAR a la accionante, fl. 1.

8 El 12 de julio de 2021 el Juzgado Sexto Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto admitió la acción de tutela (Acción de tutela, fl. 1 y 2 auto admisorio).

9 Acción de tutela, fl. 3.

10 Id. Fl. 2.

11 Acción de tutela, fl. 14.

12 Artículo 127 de la Resolución 2841 de 2020.

13 En el mismo sentido, enfatizó que no están “financiados por presupuesto [SIC] máximo resoluciones 205 y 3512 del 2020, correspondientes a los determinantes sociales referidos en el artículo 9 de la ley estatutaria 1751 del 2015”.

14 Id. Fl. 4.

15 Id. Fl. 12 y 13

16 Fallo de primera instancia, fl. 10.

17 Id. Fl. 9.

18 La Sala considera que la silla de ruedas fue entregada por EMSSANAR en cumplimiento al fallo de tutela del 1 de abril de 2022, proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, por las siguientes razones: (i) el 24 de mayo de 2022 la accionante inició un incidente de desacato para que la EPS le suministrara la silla de ruedas, (ii) el 25 de mayo de 2022, el Juzgado Tercero requirió al representante legal de EMSSANAR para que cumpliera con el fallo de tutela, (iii) el 16 de junio de 2022, el mismo despacho judicial cerro el incidente de desacato debido a que la orden médica ya se encontraba vencida y la accionante debía renovarla, (iv) el 23 de junio de 2022, la accionante tuvo nuevamente cita con el médico tratante, en la cual le fue actualizada la orden médica para el suministro de la silla de ruedas y (v) el 2 de septiembre de 2022, EMSSANAR entregó la silla de ruedas a la accionante.

19 La situación fáctica descrita en esta sentencia se circunscribe a las aseveraciones que cuentan con respaldo probatorio, recaudado en las instancias de tutela o en sede de revisión.

20 Acción de tutela, fl. 1.

21 Id.

22 Historia clínica anexa a la respuesta al auto de pruebas del 22 de noviembre de 2022, fl. 3.

23 Id.

24 Imagen adjunto a la acción de tutela, fl. 1.

25 Esta respuesta fue dada en cumplimiento del fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal Con Función de Conocimiento de Armenia con número de radicado 2022-0039-00.

26 Respuesta al derecho de petición, fl. 1-2.

28 Id.

29 Id.

30 Acción de tutela, fl. 3.

31 En todo caso, también solicitó la desvinculación del proceso de tutela en virtud de que “no ha existido violación a derecho fundamental alguno”

32 La entidad accionada, de igual forma precisó que no es una EPS, sino una entidad privada bajo la figura de sociedad limitada que “presta servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud —IPS—” (Id. fl. 6).

33 Id. Fl, 8. Esta afirmación se fundamenta en que la señora Carmenza Zuluaga Cerquera, agente oficiosa, es propietaria de dos inmuebles y dos parqueaderos y hace parte del régimen contributivo del magisterio, por lo que, de acuerdo con la accionada “esta situación, evidencia que el su (sic) núcleo familiar, son cotizantes, mayores de edad, con una situación económica estable.

34 El Juez Quinto Civil Municipal de Armenia citó como jurisprudencia relevante las sentencias T-970 de 2008, T-500 de 2013, T-547 de 2014 T-515A de 2006, T-644 de 2016 y

T-318A de 2009.

35 Fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Armenia, fl. 12.

36 Id.

37 Escrito de impugnación, fl. 3.

38 Id.

39 Id.

40 Fallo de segunda instancia proferido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Armenia, fl. 5.

41 Auto del 22 de noviembre de 2022.

42 Corte Constitucional sentencia SU-027 de 2021.

43 Corte Constitucional, sentencias C-774 de 2001, T-249 de 2016 y SU-027 de 2021.

44 Corte Constitucional, sentencias SU-1219 de 2001 y T-470 de 2018.

45 Id.

46 Corte Constitucional, sentencias SU-713 de 2006, T-560 de 2013 y T-077 de 2019.

47 Corte Constitucional, sentencia SU-027 de 2021.

48 Decreto 2591 de 1991, art. 38.

49 Corte Constitucional, sentencia T-162 de 2018 y T-172 de 2022.

50 Corte Constitucional, sentencias T-162 de 2018, SU-027 de 2021 y T-172 de 2022

51 Corte Constitucional, sentencia SU-050 de 2022.

52 Respuesta al auto de pruebas del 22 de noviembre de 2022, fl. 15 y 16.

53 Corte Constitucional, sentencias T-033 de 1994, T-285 de 2019 y T-060 de 2019.

54 Corte Constitucional, sentencia T-533 de 2009.

55 Corte Constitucional, sentencia SU- 522 de 2019.

56 Corte Constitucional, sentencias T-321 de 2016 y T-154 de 2017.

58 Corte Constitucional, sentencias T-149 de 2018 y SU-440 de 2021. Ver también, Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

59 Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

60 Corte Constitucional, sentencia T-481 de 2016.

61 Corte Constitucional, sentencias SU-522 de 2019 y T-152 de 2019.

62 Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2020.

63 Corte Constitucional, sentencia T-193 de 2022.

64 Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

65 Corte Constitucional, sentencia T-193 de 2022.

66 Id.

67 Corte Constitucional, sentencias SU-522 de 2019 y T-310 de 2021.

68 Corte Constitucional, sentencia T-104 de 2020.

69 Constitución Política, artículo 86.

70 Corte Constitucional, sentencias T-381 de 2018; T-623 de 2012, T-773A de 2012, SU-173 de 2015, T-898 de 2014, T-1025 de 2005, T-552 de 2006.

71 Corte Constitucional, sentencias T-652 de 2008, T-486 de 2016 y T-406 de 2017.

72 Corte Constitucional, sentencias SU-055 de 2015, T-162 de 2016, T-120 de 2017, T-733 de

2017, T-020 de 2018 y SU-508 de 2020.

73 Corte Constitucional, sentencias SU-055 de 2015, T-200 de 2016, T-594 de 2016 y T-231 de 2020, entre otras.

74 Ib.

75 Este requisito podrá darse por acreditado si de los hechos y las pretensiones de la tutela es posible inferir que el tercero ejerce la acción en calidad de agente oficioso. Ver sentencia T-072 de 2019.

76 Corte Constitucional, sentencia SU-150 de 2021.

77 Corte Constitucional, sentencia T-174 de 2017.

78 Corte Constitucional, sentencia SU-707 de 1996. Ver también, sentencia T-976 de 2000.

79 Acción de tutela, Fl. 1.

80 Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2021.

81 Constitución Política, artículo 86. “La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión”.

82 Id.

83 Contrato12076-006-2017 del 30 de octubre de 2017.

84 Este contrato de fiducia mercantil fue suscrito por Fiduprevisora y el Ministerio de Educación Nacional mediante Escritura Pública No. 0083 del 21 de junio de 1990 en la Notaría 44 de Bogotá. Este contrato ha sido prorrogado en múltiples ocasiones y continúa vigente.

85 La Sala advierte que la accionante no dirige ninguna de las pretensiones al FOMAG. Asimismo, reconoce que la Fiduprevisora S.A no tiene a cargo la prestación de los servicios

médicos y no fue la entidad que negó el suministro de los pañales. Sin embargo, considera que estas circunstancias no implican que la vinculada carezca de legitimación en la causa por pasiva. En este caso, la vinculación de la Fiduprevisora S.A al presente trámite de tutela, responde a que es la entidad que tiene cargo el diseño el Plan Integral de Salud del Magisterio el cual, observa la Sala, excluye los pañales de cobertura.

86 Ley 1573 de 2015, artículo 66.

87 Ley 489 de 1998, art. 59.

88 Corte Constitucional, sentencia SU-961 de 1999.

89 Corte Constitucional, sentencia T-273 de 2015.

91 Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2021.

92 Corte Constitucional, sentencia SU-379 de 2019.

93 Ib.

94 Decreto 2591 de 1991, art. 6. "La acción de tutela no procederá: 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante".

95 Ib.

96 Constitución Política, art. 86.

97 Corte Constitucional, sentencias, SU-508 de 2020, T-338 de 2021, T-394 de 2021, T-156 de 2021, T-015 de 2021, T-231 de 2021, T-298 de 2021, T-277 de 2022.

98 Sentencia SU-508 de 2020.

99 Sentencia SU-508 de 2020.

100 Corte IDH. Caso Yakye Axa Indigenous Community c. Paraguay. Sentencia de 17 de junio

de 2005, párr. 162 a 165.

101 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014. Comité DESC, Observación General No. 14, 2000, párr. 1.

102 Ib. Ver también, sentencias SU-508 de 2020 y T-1041 de 2006.

103 Corte Constitucional, sentencia T-449 de 2019. Ver también las sentencias T-020 de 2017 y SU-508 de 2020.

104 Corte Constitucional, sentencias C-313 de 2014 y SU-508 de 2020.

105 Ley 1751 de 2015, art. 6.

106 Ley 1751 de 2015, art. 6.

107 Ib.

108 Ib.

109 Ley 1751 de 2015, art. 4.

110 El principio de integralidad se encuentra previsto en el artículo 8º de la LES.

111 Literales (a) y (i).

112 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020. Ver también sentencia T-586 de 2013.

113 Ley 1751 de 2015, art. 10(a). Ver también, Corte Constitucional, sentencias SU-124 de 2018, SU-508 de 2020, T-245 de 2020, T-156 de 2021 y T-332 de 2022.

114 Sentencias T-156 de 2021, T-508 de 2019, T-100 de 2016, T-619 de 2014, T-395 de 2014, T-392 de 2013, T-053 de 2009, T-536 de 2007 y T-136 de 2004.

115 Comité DESC, Observación General No. 14, 2000, párr. 1.

116 Ley 1751 de 2015, art. 15.

117 Al respecto, ver Ley 1438 de 2011, art. 2 y Ley 1751 de 2015, art. 5. Ver también, sentencias T-196 de 2018, T-124 de 2019 y T-156 de 2021.

118 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

119 Corte Constitucional, sentencias C-313 de 2014, SU-508 de 2020 y T-332 de 2022.

120 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014. Ver también sentencia T-760 de 2008.

121 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020. Gaceta del Congreso 300/2013, p. 20.

122 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014, SU-508 de 2020, T-245 de 2020 y T-332 de 2022.

123 Corte Constitucional, sentencias T-971 de 2011, T-918 de 2012, T-073 de 2013, C-313 de 2014, T-160 de 2014, T-255 de 2015, SU-508 de 2020, T-245 de 2020 y T-332 de 2022.

124 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

125 Ib.

126 Corte Constitucional, sentencia C-313 de 2014.

127 El inciso 2º del artículo 15 de la LES establece que sólo podrán ser excluidos los "servicios y tecnologías en los que se advierte alguno de los siguientes criterios". Primero, los servicios y tecnologías en salud tienen un "propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas". Segundo, "no existe evidencia científica sobre la seguridad y eficacia clínica" de los insumos. Tercero, no existe evidencia científica "sobre la efectividad clínica del servicio o tecnología en salud". Cuarto, el uso del insumo no ha "sido autorizado por la autoridad competente". Quinto, el servicio o tecnología en salud se encuentra en fase de experimentación. Sexto, los servicios y tecnologías en salud deben ser "prestados en el exterior".

128 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

129 Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020 y T-332 de 2022.

130 Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020. Ver también, sentencia T-127 de 2022.

131 Corte Constitucional, sentencia T-332 de 2022.

132 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

133 Corte Constitucional, sentencia T-071 de 2014.

134 Corte Constitucional, sentencia T-907 de 2004.

135 Corte Constitucional, sentencia C-956 de 2011.

136 Este artículo fue reglamentado parcialmente en el artículo 4º del Decreto 196 de 1995.

137 Ley 91 de 1989, art. 5. El Decreto 2831 de 2005 establece que la implementación de las políticas generales en materia de prestación de servicios de salud de los docentes funcionará según los lineamientos del comité regional que se designe en cada entidad territorial. Ver también, sentencia SU-041 de 2020.

138 Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 2.

139 Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 2.

140 Corte Constitucional, sentencia T-332 de 2022.

141 Corte Constitucional, sentencias C-461 de 1995 y C-665 de 1996. Ver también, sentencias T-071 de 2014, T-505 de 2006, T-248 de 2016 y T-177 de 2017.

143 Ley 1751 de 2015, art. 6.

144 Corte Constitucional, sentencias de tutela T-100 de 2016, T-036 de 2017 y T-196 de 2018.

145 La fecha del diagnóstico debe ser acordada con la accionante y su agente oficiosa.