

TEMAS-SUBTEMAS

Sentencia T-271/24

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

(...) no existe justificación alguna para negar el suministro de los elementos solicitados, ya que: (i) los pañales, aunque han sido excluidos explícitamente del PBS del régimen especial del magisterio, no son insumos excluidos del PBS del régimen general, por lo que deben considerarse incluidos implícitamente en los insumos a suministrar a los afiliados al FOMAG; y (ii) los pañitos húmedos, crema antiescaras y guantes, no han sido excluidos explícitamente del PBS del régimen especial del magisterio y con base en que por vía de interpretación estos tampoco son considerados elementos de aseo o cosméticos... se deben considerar insumos en salud incluidos implícitamente en el PBS de dicho régimen. Por lo expuesto, la Sala concluye que la conducta de la accionada vulneró el derecho fundamental a la salud de la agenciada.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Reiteración de jurisprudencia

DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD-Elementos y principios

DERECHO A LA SALUD DEL ADULTO MAYOR-Protección reforzada por ser sujeto de especial protección constitucional

SUMINISTRO DE INSUMOS, SERVICIOS Y TECNOLOGIAS EXPRESAMENTE INCLUIDOS, NO INCLUIDOS EXPRESAMENTE O EXCLUIDOS DEL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Alcance

PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Todo servicio o medicamento que no esté expresamente excluido, se entiende incluido

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

CORTE CONSTITUCIONAL

-Sala Segunda de Revisión-

SENTENCIA T-271 DE 2024

Referencia: expediente T- 9.800.200

Acción de tutela instaurada por Angela, en representación de su madre Isabel, contra la Unión Temporal 1.

Asunto: suministro de insumos, servicios y tecnologías excluidos del Plan de Beneficios en Salud del Fondo Especial de Prestaciones Sociales del Magisterio -FOMAG-

Magistrado sustanciador:

Juan Carlos Cortés González

Síntesis de la decisión

¿Qué estudió la Corte?

La Corte Constitucional revisó una acción de tutela interpuesta por una mujer de 72 años, a través de agente oficiosa, diagnosticada con Alzheimer, sin control de esfínteres, incontinencia fecal y urinaria y uso de sonda vesical. La agenciada está afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG y recibe el servicio de salud a través una Unión Temporal, de la que hace parte una clínica y una sociedad clínica.

En la acción constitucional se solicitó la protección de los derechos fundamentales a la salud y al mínimo vital, los cuales se consideran vulnerados por la Unión Temporal, la cual se ha negado a suministrar a la agenciada pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes, los cuales se requieren para su salud. Con fundamento en estos hechos, la Sala se planteó el siguiente problema jurídico:

¿Qué consideró la Corte?

Para resolver el problema jurídico planteado, la Sala desarrolló los siguientes temas: (i) el

derecho fundamental a la salud; (ii) el derecho a la salud de los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional; (iii) el acceso a insumos, servicios y tecnologías en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y el régimen de inclusión y exclusión; (iv) el suministro de insumos para el cuidado de la salud, no cosméticos ni de aseo, no excluidos del PBS del Sistema General de Seguridad Social en Salud; (v) el suministro de insumos, servicios y tecnologías en salud en el régimen especial de seguridad social en salud del magisterio; (vi) el suministro de insumos para el cuidado de la salud, no cosméticos ni de aseo, no excluidos del PBS del régimen especial de seguridad social en salud del magisterio y (vii) análisis del caso concreto.

¿Qué decidió la Corte?

Esta Corte reiteró su postura vigente en las sentencias T-066 de 2020, SU-508 de 2020 y T-050 de 2023, en las cuales estableció que, pese a que el FOMAG tiene un régimen especial para la prestación del servicio de salud, la cobertura de sus servicios no puede ser menor a la establecida en el régimen general, por lo que su plan de beneficios en salud no puede excluir servicios, insumos o tecnologías que estén incluidos en el régimen del Sistema General de Seguridad Social en Salud.

A partir de dicha consideración, la Sala encontró que la Unión Temporal demandada interpretó equivocadamente el anexo correspondiente a las exclusiones de la Fiduprevisora y no tuvo en cuenta los fallos proferidos por esta corporación en materia de insumos, servicios y tecnologías en salud que hacen parte del PBS del SGSSS, así como de los que deben ser incluidos dentro del régimen especial en salud del magisterio. En esa medida, la Corte Constitucional decidió amparar el derecho a la salud invocado por la agenciada y revocar la sentencia objeto de revisión.

¿Qué ordenó la Corte?

La Corte Constitucional ordenó (i) revocar la sentencia del 16 de agosto de 2013, proferida por el Juzgado de primera instancia, que declaró improcedente la acción de tutela y en su lugar conceder el amparo del derecho fundamental a la salud de la agenciada, como sujeto de especial protección constitucional. (ii) ordenar a la accionada Unión Temporal, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre y entregue los pañales, los pañitos húmedos, crema anti-escaras y

guantes necesarios para el cuidado y salud de la agenciada, de manera periódica y durante el tiempo que su diagnóstico así lo requiera, los cuales deberán ser suministrados en el domicilio de la agenciada, y (iii) a la Secretaría General de la Corte Constitucional, adoptar las medidas necesarias para actualizar el registro de actuaciones del proceso de la referencia, conforme a la anonimización dispuesta en esta sentencia frente al nombre de la accionante.

Bogotá, D.C., diez (10) de julio de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Diana Fajardo Rivera y los magistrados Vladimir Fernández Andrade y Juan Carlos Cortés González, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

1. 1. En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el 16 de agosto de 2023 por el Juzgado 4o, que denegó el amparo solicitado en la acción de tutela impetrada por Angela, como agente oficiosa de Isabel, contra la Unión Temporal 1.

Aclaración previa. Reserva de la identidad

2. De conformidad con el artículo 62 del Reglamento Interno de la Corte Constitucional, las Salas de Revisión podrán disponer que en la publicación de la sentencia se omitan nombres o circunstancias que puedan identificar a las partes del proceso. En razón a que el presente caso implica hacer referencia a la historia clínica y demás información relativa a la salud física de la agenciada, la Sala advierte que, como medida de protección de su intimidad, es necesario ordenar que se suprima de esta providencia y de toda futura publicación su nombre, así como cualquier otro dato o información que permita individualizarla. En consecuencia, la Sala cambiará el nombre de las personas involucradas por uno ficticio, que se escribirá en cursivas.

3. Por tanto, en atención a lo dispuesto en el Acuerdo 02 de 2015 y la Circular Interna N.º 10 de 2022, esta providencia se registrará en dos archivos: uno con el nombre real de la actora, que la Secretaría General de la Corte Constitucional remitirá a las partes y autoridades

involucradas. Otro con el nombre ficticio, que seguirá el canal previsto por esta corporación para la difusión de información pública.

I. I. ANTECEDENTES

Hechos

4. Isabel tiene 72 años de edad y fue diagnosticada con Alzheimer de comienzo tardío, no tiene control de esfínteres, lo que hace necesario el uso de pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes para la adecuada atención de sus necesidades fisiológicas.

5. La agenciada se encuentra afiliada al régimen especial de salud del magisterio y el operador a través del cual se le garantiza la prestación de los servicios médico asistenciales es la Unión Temporal 1, integrada por la Clínica 1 y la Sociedad Clínica 2 S.A.

6. El personal médico encargado de la atención de la agenciada se ha negado a ordenar la entrega de dichos insumos médicos, bajo el argumento de que se encuentran excluidos de la cobertura que ofrece el plan de beneficios del magisterio.

7. Debido a su condición médica, la familia de Isabel la ingresó a un hogar geriátrico que se especializa en el cuidado de personas que sufren de Alzheimer.

8. Aunque Isabel es beneficiaria de una sustitución pensional en virtud de la cual recibe, según el escrito de tutela, una mesada de \$1.280.000 y, para el 2024, según la información suministrada al despacho sustanciador, de \$1.560.000, esta suma no es suficiente para cubrir los gastos derivados de su estadía en aquel hogar, que ascienden a aproximadamente \$2.000.000 mensuales; y del uso de pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes; además de otros requeridos para su vestuario y aseo.

Actuaciones procesales en sede de tutela

9. Demanda. El 2 de agosto de 2023, Angela, actuando como agente oficiosa de su madre Isabel, promovió acción de tutela contra la Unión Temporal 1, por la presunta vulneración de los derechos a la salud y mínimo vital de la agenciada. Como pretensiones, solicitó el amparo de estos derechos fundamentales y, en consecuencia, se le ordenase a las accionadas el suministro de los elementos que se requieren para el cuidado, mantenimiento y salud de su

señora madre, como pañales, crema anti-escaras, pañitos húmedos y guantes.

10. En auto del 2 de agosto de 2023, el Juzgado 4o admitió la tutela contra la Unión Temporal 1 y ordenó vincular a la Clínica 1 y a la Sociedad Clínica 2, las cuales integran la Unión Temporal 1, pero que tienen razones sociales diferentes al de la Unión Temporal y corrió traslado a las accionadas y vinculadas.

11. Respuesta de la Unión Temporal 1. Solicitó que se desestimaran las pretensiones de la accionante, pues considera que no se transgreden los derechos a la salud y al mínimo vital. Por el contrario, indicó que la Unión Temporal le garantiza a la paciente el servicio de salud conforme a los principios de integralidad y oportunidad, con servicios domiciliarios en materia de terapia ocupacional y fisioterapia, así como atención por medicina general y neurología, además de suministrarle todas las prestaciones que le ordenan los médicos tratantes.

12. En relación con la petición de pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes, precisó que no existe orden médica ni un criterio médico de necesidad que justifique la procedencia de concederlos a la accionante, máxime cuando se consideran exclusiones del plan de beneficios en salud PBS contratado por la Fiduprevisora para los afiliados al FOMAG. Al respecto hizo referencia a lo señalado por la Corte Constitucional en la Sentencia T-023 de 2013.

13. En ese sentido, la accionada consideró que, de acuerdo al contrato suscrito el 23 de noviembre de 2017 entre la Fiduprevisora S.A., vocera y administradora de los recursos del FOMAG, y la Unión Temporal 1, esta última se encuentra obligada a garantizar la prestación de los servicios médicos a los afiliados al FOMAG región Tolima y Huila, siempre y cuando se encuentren incluidos en el PBS contratado, con base en las órdenes y conceptos médicos científicos recientes suscritos por los profesionales tratantes.

14. Al respecto, consideró que la principal razón para no suministrar los insumos solicitados por la accionante, es que los elementos como pañales, crema anti-escaras, pañitos húmedos y guantes se encuentran excluidos del PBS del régimen especial en el que se encuentra la afiliada, de acuerdo con los servicios contratados por la Fiduprevisora S.A., como con lo ha establecido en el manual del usuario 2017-2021, en su ítem 12.

15. Igualmente, manifestó que, en casos como este, se requiere demostrar la falta de capacidad económica que le permita asumir los gastos asociados a los insumos requeridos, lo que no se encuentra probado, y contrario a ello, sí se demuestra que Isabel se encuentra afiliada al régimen especial de salud del magisterio, en calidad de beneficiaria de una sustitución pensional. Añadió que, de acuerdo a la consulta realizada en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, se pudo establecer que la agenciada es propietaria de dos bienes inmuebles en el municipio de Chaparral, departamento de Tolima.

16. Adicionalmente, la accionada refiere que en los casos en los que el afiliado –adulto mayor– no posea recursos con los cuales pueda cubrir dichos implementos necesarios para su vida y salud, le corresponde a la familia, bajo el principio de solidaridad, asumir el cuidado y los gastos por los elementos que el paciente requiera, de acuerdo con la capacidad económica del familiar, obligación que no puede trasladarse al sistema de salud.

17. Sin perjuicio de lo anterior, la accionada solicitó, de manera subsidiaria, en la eventualidad de que el juez de tutela amparara los derechos invocados por la accionante, ordenar a su favor el recobro ante la Fiduprevisora S.A. por los elementos solicitados como pañales, pañitos húmedos y crema anti-escaras.

18. Decisión de única instancia. En sentencia del 16 de agosto de 2023, el Juzgado 4o denegó el amparo de los derechos a la seguridad social, salud y vida digna de Isabel. Sostuvo que, aunque la petición podría ordenarse en sede constitucional y sin mediar orden de médico tratante, la accionante cuenta con capacidad económica para solventar el servicio que solicita, pues goza de una sustitución pensional y tiene dos bienes inmuebles que podrían generar renta o enajenarse para, con su producto y una buena administración, atender las necesidades de aquella.

II. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN

20. Selección. El expediente fue enviado a la Corte Constitucional en cumplimiento de lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991. En auto del 18 de diciembre de 2023, la Sala de Selección de Tutelas Número Doce de la Corte Constitucional, integrada por las magistradas Natalia Ángel Cabo y Cristina Pardo Schlesinger, la escogió para revisión. El 23 de enero de 2024, la Secretaría General de la Corte Constitucional remitió el expediente al despacho del magistrado sustanciador para lo de su competencia.

21. Decreto y práctica de pruebas. Mediante Auto del 7 de febrero de 2024, el magistrado ponente decretó pruebas con el propósito de ahondar en el estado de salud y la situación familiar y económica de la agenciada, así como de su hija quien actúa como agente oficiosa. De la información solicitada, se obtuvieron las siguientes respuestas:

22. Angela rindió informe en el que respondió a las preguntas que se le formularon, como se sintetiza a continuación:

-Sobre el estado de salud de la agenciada, informó que «[su] madre Isabel se encuentra en un estado donde se le olvidó como se llama ella, sus familiares y todas las personas, realizar sus necesidades personales ya que se le olvidó como ir al baño al punto de utilizar pañales, ha perdido su orientación, etc». Ha sido diagnosticada con «[d]emencia en la enfermedad de ALZHEIMER, no especificada». Recibe «[t]erapias ocupacionales y medicamentos».

-Sobre las órdenes médicas: «[t]odos hablan de los cuidados que se deben tener, pero ninguno emite de forma escrita como una orden médica porque están dicen que están excluidos dentro del plan del magisterio. Que si realiza un PQR sobre el tema será negada».

-Sobre su núcleo familiar, ingresos y gastos, afirmó lo siguiente: (i) el núcleo familiar está integrado por dos hijos, Angela y Jhon; (ii) Angela tiene como ingresos un salario mínimo (\$1.368.000) y como gastos los siguientes: arriendo \$250.000, servicios públicos \$350.000, mercado \$450.000, otros (tarjeta de crédito) \$ 650.000; (iii) Jhon tiene como ingresos, como independiente, \$ 850.000 y como gastos: servicios públicos \$350.000 y otros \$500.000; (iv) sobre los ingresos, gastos y la capacidad económica de la agenciada, informó que corresponden a su pensión de \$1.560.000 mensual; que es propietaria de dos bienes inmuebles ubicados en el municipio de San Antonio, Tolima; en una de las propiedades es donde vive la agente oficiosa y la otra está en arriendo, por \$250.000. Este dinero se utiliza para gastos de Isabel.

- Los gastos del hogar especializado para personas con Alzheimer ascienden a \$1.800.000 mensuales, pero además se deben adquirir elementos de aseo, 4 paquetes X30 de pañales, pañitos húmedos X100 unidades, crema anti-escaras, guantes, por un valor de \$420.000 y, cada tres meses, vestuario por \$350.000.

- La agenciada no recibe ninguna ayuda por parte del Estado. La familia a veces ha colaborado con utensilios de aseo y tampoco la agenciada es beneficiaria de plan complementario de salud o póliza de salud.

23. Adicionalmente, la accionante allegó copia de la valoración domiciliaria que contiene revisión de su historia clínica por atención médica de la Unión Temporal 1.

24. Unión Temporal 1. A través de su representante legal, mediante el oficio OPT-A 073/2024, indicó que Isabel ha sido diagnosticada con «demencia en la enfermedad de Alzheimer» y que, en virtud de ese diagnóstico, a la fecha ha cumplido con la prestación de todos los servicios de salud, de acuerdo a las órdenes médicas de sus profesionales tratantes. En el caso de los pañales, crema anti-escaras y pañitos húmedos, estos no han sido objeto de ninguna orden médica y, adicionalmente, se encuentran excluidos expresamente del PBS contratado con la Fiduprevisora S.A., por lo que considera que estos deben ser asumidos por la agenciada, teniendo en cuenta que tiene una sustitución pensional consolidada y dos propiedades sobre inmuebles, de acuerdo a lo informado por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, que le generan capacidad económica para asumir dichos costos. En todo caso y sin perjuicio de esta situación, bajo el principio de solidaridad, es la familia la llamada a asumir los gastos de los elementos que requieren los adultos mayores no contemplados en el PBS, de acuerdo a la capacidad económica familiar, y no, como se pretende, que esa obligación se traslade al sistema de salud.

25. La Superintendencia de Notariado y Registro, en comunicación del 16 de febrero de 2024, por intermedio de la jefe de la oficina asesora jurídica, informó que Isabel registra dos bienes inmuebles en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos a nivel nacional, cuyas matrículas inmobiliarias son 355-56294 y 355-56989, de las cuales se adjuntaron los certificados de tradición vigentes, que evidencian su ubicación y descripción.

26. La Fiduciaria La Previsora – Fiduprevisora S.A. no allegó ningún tipo de respuesta al requerimiento enviado por el despacho sustanciador.

27. Traslado de pruebas. El 19 de febrero de 2024, a través de oficio, la Secretaría General de esta corporación puso a disposición de las partes y sujetos procesales copia de las comunicaciones recibidas en respuesta al auto de pruebas del 7 de febrero del mismo año.

III. III. CONSIDERACIONES

Competencia

28. Corresponde a la Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional revisar el fallo de tutela proferido dentro del proceso de la referencia, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241, numeral 9.º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Asunto objeto de análisis

29. La Sala revisa la acción de tutela promovida por Angela, como agente oficiosa de su señora madre Isabel, quien es una persona adulta mayor, de 72 años, diagnosticada con demencia en la enfermedad de Alzheimer, sin control de esfínteres, con incontinencia fecal y urinaria, con uso de sonda vesical, afiliada al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio FOMAG, en calidad de sustituta pensional; su atención en salud se encuentra a cargo de la Unión Temporal 1, conforme al contrato suscrito por esta con la Fiduprevisora S.A., para brindar la atención a los afiliados en la región en que aquella reside.

30. Dado su estado de salud, la agenciada requiere el uso de pañales, crema anti-escaras, guantes y pañitos húmedos, elementos que se consideran necesarios para el cuidado y mantenimiento personal de aquella por sus condiciones de salud. Sin embargo, estos no han sido ordenados por el personal médico tratante, al considerarse como elementos de aseo excluidos del plan de beneficios de salud PBS contratado por la Fiduprevisora S.A., vocera y administradora de los recursos del FOMAG, con la Unión Temporal 1, para los afiliados al magisterio, situación que expone ante el juez constitucional la actora y por lo que considera vulnerados los derechos a la salud, a la vida y al mínimo vital de su señora madre.

31. Con base en lo anterior, la Sala estudiará la procedencia de la acción de tutela. En caso de que esta se acredite, se formulará el correspondiente problema jurídico.

Examen de procedibilidad de la acción de tutela

32. La acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial que permite la protección inmediata de los derechos fundamentales de una persona cuando estos resulten comprometidos por la acción u omisión de autoridades o particulares. No obstante, pese a la

informalidad que se predica de este mecanismo, su procedencia está sometida al cumplimiento de los requisitos de legitimación, inmediatez y subsidiariedad.

33. Legitimación en la causa por activa. La tutela fue interpuesta por Angela, como agente oficioso de su madre Isabel, quien es adulta mayor de 72 años y ha sido diagnosticada con demencia en la enfermedad de Alzheimer, con afectaciones a su salud tanto física como cognitiva, de las que se resaltan para el caso bajo estudio, su falta de control de esfínteres, con incontinencia fecal y urinaria, así como la falta de reconocimiento de su entorno, de sus familiares y hasta de sí misma. Esta situación exige el acompañamiento, apoyo y cuidado permanente de un tercero, por lo que su familia ha debido internarla en un hogar geriátrico especializado en el cuidado de personas con Alzheimer, lugar en donde es visitada por sus familiares y por el personal médico que realiza las visitas domiciliarias de atención en salud.

34. El artículo 86 de la Constitución Política establece la facultad que tiene toda persona para interponer la tutela por sí misma o por quien actúe a su nombre, con el fin de reclamar ante los jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados. La legitimación para interponer la acción de tutela se encuentra regulada en el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, según el cual esta puede presentarse (i) directamente por el afectado, (ii) a través de su representante legal, (iii) por medio de apoderado judicial o (iv) por un agente oficioso. El inciso final de este artículo también faculta al defensor del pueblo y a los personeros municipales para interponer la acción de tutela.

35. En cuanto a la figura de la agencia oficiosa, debe tenerse en cuenta que se puede acudir a ella cuando «(i) el titular no esté en condiciones de promover su propia defensa, y (ii) esa circunstancia sea explícitamente expresada en la solicitud de amparo. Sin que la existencia de una relación formal entre el actor y su agenciada sea un presupuesto necesario para poder actuar a su nombre, en razón de los principios de informalidad y eficacia de los derechos fundamentales que orientan el proceso constitucional de tutela».

36. En el presente caso, Isabel, quien es la titular de los derechos que se solicitan sean amparados, no está en condiciones de promover su propia defensa, por la grave enfermedad que padece, denominada demencia en la enfermedad de Alzheimer, que genera en su salud afectaciones físicas como cognitivas. Esta situación fue indicada en el escrito de tutela por su

hija Angela, quien como agente oficiosa, interpuso la acción de tutela en nombre de su madre, encontrándose legitimada para tal efecto, en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, por lo que se concluye que este presupuesto está acreditado.

37. Legitimación por pasiva. La jurisprudencia constitucional ha establecido que la legitimación por pasiva en la acción de tutela hace referencia a la aptitud legal de la entidad o de los particulares contra quienes se dirige la acción, de ser los llamados a responder por la vulneración o amenaza de derechos fundamentales, en caso de que la transgresión resulte probada. De acuerdo con el artículo 86 superior, la legitimación por pasiva exige acreditar dos requisitos (i) que la acción se dirige contra autoridades o particulares que presten un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o respecto de los cuales el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión y (ii) que la conducta que genera la vulneración o amenaza del derecho se pueda vincular, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

38. Dentro del proceso, la acción constitucional se presenta contra la Unión Temporal 1, conformada por la Clínica 1 y la Sociedad Clínica 2, a la cual se encuentra afiliada la agenciada; dicha Unión Temporal suscribió el contrato para la prestación de servicios de salud para los afiliados al FOMAG, con la Fiduprevisora S.A, como vocera y administradora de recursos de dicho fondo.

39. Dentro del trámite en única instancia, el Juez Cuarto de El Charco admitió la tutela en la que la accionada es la Unión Temporal 1, constituida por la Clínica 1 [5%] y la Sociedad Clínica 2 [95%], para atender a los maestros y sus familias en la región 1, conformada por los departamentos de Tolima y Huila y que de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, su negativa en la prestación de insumos de salud para la accionante agenciada tiene una vinculación directa con la presunta vulneración de los derechos fundamentales de su afiliada Isabel.

40. En desarrollo de su objeto contractual, la Unión Temporal 1 debe cumplir con la prestación integral del plan de atención en salud del magisterio, así como la prevención y promoción y el componente asistencial de riesgos laborales. «La cobertura de servicios se ofertó en las áreas geográficas denominadas regiones, y se garantizará la prestación de servicios de baja complejidad en el municipio de residencia del afiliado y los demás niveles

de complejidad a través de nuestra red de servicios, atendiendo el principio de contigüidad, dentro o fuera del municipio, el departamento o la región, a través de red propia o contratada, de acuerdo con la oferta existente en los centros urbanos de cada departamento».

41. De acuerdo con el contrato suscrito con Fiduprevisora S.A., la Unión Temporal 1 debe prestar la atención a sus afiliados pertenecientes al FOMAG, de acuerdo al plan de beneficios consignado en el pliego de condiciones que integra el contrato.

42. De lo anterior se colige que, se trata de una Unión Temporal, conformada con dos entidades prestadoras de servicios de salud, la Clínica 1 y la Sociedad Clínica 2, de carácter privado que prestan el servicio público de salud en El Charco – Tolima, en donde residen la accionante y la agenciada, por tanto se considera a la Unión Temporal legitimada en la causa por pasiva, teniendo en cuenta que el objeto del contrato suscrito con la Fiduprevisora, anexo al expediente de tutela, es específicamente, «la prestación integral del plan de atención en salud del magisterio», obligación que incluye la cobertura de los insumos a los que se refieren las pretensiones de la accionante en sede de tutela.

43. Inmediatez. La jurisprudencia constitucional ha resaltado que, de conformidad con el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela no tiene término de caducidad. Sin embargo, esta debe formularse en un plazo razonable desde el momento en el que se produjo el hecho vulnerador. Dicho requisito responde al propósito de protección inmediata de los derechos fundamentales, lo que implica que, pese a no existir un término específico para acudir ante el juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción de tutela en un tiempo razonable. El juez evaluará las circunstancias de cada caso para determinar si el recurso fue presentado oportunamente, flexibilizando su análisis ante la concurrencia de circunstancias que afecten a sujetos de especial protección constitucional o personas en condición de vulnerabilidad. El requisito de inmediatez debe evaluarse en cada caso concreto, de conformidad con los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

44. Aunado a lo anterior, la Corte ha sostenido que el presupuesto de inmediatez también se cumple cuando la vulneración de los derechos de la víctima permanece en el tiempo. Así, la Sentencia T-413 de 2019 expuso que «se han señalado criterios con base en los cuales debe valorarse la razonabilidad del plazo en el caso concreto, uno de ellos indica que en tanto la

vulneración de los derechos de la víctima permanezca en el tiempo, el daño es actual y por tanto amparable con la acción de tutela».

45. En el presente caso, se cuenta con las solicitudes hechas por la accionante, ante la Unión Temporal, en diferentes fechas, la primera realizada en marzo de 2022, la segunda en diciembre de 2023 y, una última, en enero de 2024. Dichas solicitudes fueron negadas por los profesionales tratantes, por considerar que no es posible acceder a dicha orden, al no estar contemplados tales elementos de aseo en el Plan de Beneficios de Salud – PBS del régimen del magisterio.

47. De acuerdo con lo anterior, la Sala constata que se trata de una posible vulneración de derechos de la agenciada que permanece en el tiempo, ya que, para enero del presente año, seguía solicitando el suministro de los insumos, sin que estos hayan sido entregados y por tanto, para efectos del requisito de inmediatez, aplica la regla a la que anteriormente se hizo referencia. De tal manera, este requisito también está acreditado.

48. Subsidiariedad. El inciso 4.º del artículo 86 de la Constitución consagra el principio de subsidiariedad como requisito de procedencia de la acción de tutela y determina que «[e]sta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable». Es decir que si existen otros mecanismos de defensa judicial que resultan idóneos y eficaces para solicitar la protección de los derechos que se consideran amenazados o vulnerados, se debe acudir a ellos y no a la tutela.

49. Sin embargo, esta corporación ha considerado en reciente jurisprudencia que: «aun cuando existan mecanismos dispuestos en el ordenamiento para la satisfacción de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, en virtud de lo dispuesto en los artículos 86 superior y 6.º del Decreto 2591 de 1991, la tutela es procedente si se acredita (i) que el mecanismo principal no es idóneo ni eficaz o (ii) que a pesar de ser apto, no es lo suficientemente expedito para evitar que se configure un perjuicio irremediable».

50. El primer escenario descrito se refiere a la idoneidad del medio de defensa judicial. Tal análisis, según la jurisprudencia de esta corporación, no puede hacerse en abstracto, sino que depende del caso concreto, para lo cual deben tomarse en cuenta las características procesales del mecanismo y el derecho fundamental involucrado. Así, el mecanismo principal

excluye la procedencia de la acción de tutela cuando salvaguarda de manera eficaz el derecho respecto del cual se solicita el amparo.

51. El segundo escenario se refiere a la interposición de la acción de tutela como mecanismo transitorio. La Corte Constitucional ha establecido que, en este caso, debido a que existe un medio judicial principal, se debe demostrar que la intervención del juez constitucional es necesaria para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sobre la naturaleza del perjuicio, la jurisprudencia ha señalado:

(i) debe ser inminente, es decir, que se trate de una amenaza que está por suceder prontamente; (ii) debe ser grave, esto es, que el daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona sea de gran intensidad; (iii) las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable deben ser urgentes; y (iv) la acción de tutela debe ser impostergable a fin de garantizar que sea adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad

52. De este modo, cuando exista otro medio de defensa judicial principal para salvaguardar los derechos reclamados, el juez constitucional deberá evaluar si este es idóneo y eficaz para resolver el problema jurídico objeto de estudio. Por tanto, si existe un mecanismo principal, la acción de tutela será procedente solamente cuando se acredite, de acuerdo con los artículos 86 de la Constitución Política y 6.º del Decreto 2591 de 1991, que: (i) que el mecanismo principal no es idóneo ni eficaz o (ii) que a pesar de lo anterior, no evita la configuración de un perjuicio irremediable.

53. Visto lo expuesto, es importante señalar que la solicitud que hizo la agente oficiosa no exige más formalidad que la de realizarse ante la entidad sobre la cual recae la obligación de prestar el servicio de salud, en este caso, ante la Unión Temporal 1. Dicha situación se cumplió, de acuerdo con lo informado por la accionante, pero su petición fue negada conforme al argumento de la accionada que se ratifica en el trámite de la tutela.

54. Sin perjuicio de lo anterior, tratándose de una solicitud negada por parte de una entidad prestadora de servicios de salud, podría advertirse la necesidad de acudir, previo a instaurar la acción de tutela, al mecanismo jurisdiccional que opera ante la Superintendencia Nacional de Salud, para solicitar su seguimiento e intervención en el caso, considerando que se trata de una vulneración a los derechos fundamentales y, por consiguiente, a la Constitución y la

ley.

55. Sobre el tema, en Sentencia T-231 de 2021, esta corporación se ha referido a la asignación de funciones jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud, a través del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, para conocer controversias relacionadas con la cobertura de servicios, tecnologías o procedimientos de salud incluidos en el PBS, en los siguientes términos:

En relación con el derecho fundamental a la salud, esta Corte ha reconocido el importante rol que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud, a través de las funciones jurisdiccionales que le fueron conferidas por el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, para resolver las controversias suscitadas entre las entidades prestadoras de salud y sus usuarios. No obstante, mediante sentencia C-119 de 2019, la Sala Plena de la Corte Constitucional precisó que las funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Nacional de Salud, a pesar de tener un carácter principal y prevalente frente a la acción de tutela, no suponen su improcedencia como mecanismo transitorio frente a los riesgos de ocurrencia de un perjuicio irremediable o como mecanismo definitivo, cuando se advierta la ineficacia del mecanismo principal para salvaguardar adecuadamente el derecho fundamental cuya protección se invoca

56. Por lo expresado, la Sala encuentra que exigir por parte del juez constitucional, agotar el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia Nacional de Salud de manera previa a instaurar la acción de tutela, resultaría desproporcionado e iría en contra de lo ya señalado por la corporación, tanto en la jurisprudencia citada, como en la Sentencia SU-124 de 2018, en la cual se resalta la finalidad que se espera del mecanismo, cual es la protección y garantía constitucional efectiva de derechos fundamentales vulnerados, en este caso de una persona de especial protección constitucional.

57. Pero, adicionalmente, el mecanismo judicial en cabeza de la Superintendencia Nacional de Salud, actualmente no es idóneo ni eficaz. Al respecto, la Sentencia T-005 de 2023 manifestó que:

Esta Corporación ha reconocido que el medio judicial descrito no es idóneo, ni eficaz. En primer lugar, porque la SNS afronta un déficit estructural. De conformidad con los hallazgos de la audiencia del 16 de diciembre de 2018, celebrada en el marco de la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008, esa entidad carece de las herramientas

institucionales para decidir los casos dentro del término legal. Esta situación generó un atraso de entre dos y tres años para solucionar las controversias de fondo. Así, esta Corte precisó que, mientras dichas condiciones persistan, este medio judicial no resultará idóneo, ni eficaz.

Posteriormente, el Legislador profirió la Ley 1949 de 2019 con el fin, entre otros, de fortalecer la capacidad de la SNS en materia sancionatoria. Sin embargo, en la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena señaló que las dificultades administrativas continúan, porque aún no se cuenta con información que permita concluir de forma objetiva que la situación fue superada. De manera que, dicho mecanismo jurisdiccional carece de idoneidad y eficacia

58. Sumado a lo anterior, tratándose de sujetos de especial protección constitucional, como sucede en el presente asunto, resulta pertinente hacer referencia a lo sostenido en la misma sentencia T-005 de 2023, en la que se consideró que «en casos de personas mayores o de la tercera edad y con gravísimas afectaciones a su salud, la Corte ha tenido en cuenta tal situación como un criterio para evaluar la eficacia de los medios ordinarios de defensa judicial. Al respecto, ha señalado que exigirles a estos sujetos acudir al mecanismo principal de defensa implicaría someterlos a una espera irrazonable y desproporcionada».

59. Por las razones expuestas, la Sala no considera que se deba agotar el procedimiento ante la Superintendencia Nacional de Salud, pues los hechos sobre los que se invoca el amparo de tutela, dan cuenta de que la salud y el mínimo vital de la agenciada se encuentran en riesgo por la necesidad de utilizar pañales, crema anti-escaras y guantes, en el tratamiento y cuidado que exige su diagnóstico de demencia en enfermedad de Alzheimer, sin control de esfínteres, situación que hace indispensable la intervención del juez constitucional para tomar una decisión de carácter definitiva y no provisional.

60. En síntesis, para la Sala, se encuentran satisfechos los requisitos de procedibilidad de la acción impetrada por Angela, por ende procederá a analizarla de fondo.

Problema jurídico y metodología de la decisión

61. La Sala de Revisión estudia la acción de tutela promovida por Angela, quien actuando como agente oficiosa de su señora madre Isabel, solicitó el amparo de los derechos a la salud

y mínimo vital, presuntamente vulnerados por la Unión Temporal 1, debido a su negativa en el suministro de elementos requeridos para el cuidado y salud de la agenciada, como pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes, argumentando la accionada que estos se encuentran excluidos del PBS del régimen especial del magisterio para los afiliados al FOMAG, conforme a los servicios de salud contratados por la Fiduprevisora, como vocera y administradora de los recursos de dicho fondo.

62. Con fundamento en los antecedentes expuestos, se revisará la decisión de única instancia en orden a establecer su conformidad con los postulados constitucionales que consagran el derecho a la salud. Respecto al derecho al mínimo vital aunque es mencionado por la actora en la demanda de tutela, cabe advertir que en su análisis y elementos probatorios aportados, solo da cuenta de la presunta vulneración al derecho a la salud. Por tanto, la Sala delimitará su análisis al supuesto desconocimiento de la mencionada garantía superior..

63. Así pues, se determinará si Isabel tiene derecho a la prescripción y suministro de elementos para su cuidado y salud, consistentes en pañales, crema anti-escaras, pañitos húmedos y guantes, por parte de las accionadas, dentro del régimen especial del magisterio, para lo cual se dará respuesta al siguiente problema jurídico:

¿Existe vulneración del derecho a la salud de una afiliada al FOMAG, adulta mayor diagnosticada con Alzheimer de comienzo tardío, por parte de Unión Temporal 1, al no suministrar pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes, por considerar que no existe orden médica y además, se trata de insumos excluidos del plan de beneficios en salud del régimen especial del magisterio?

(i) El derecho fundamental a la salud. Reiteración de jurisprudencia

65. El artículo 49 de la Constitución reconoce el derecho fundamental a la salud. 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» y, además, es un «elemento indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos».

66. 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» («LES»). De acuerdo con la LES y la jurisprudencia constitucional, el ámbito de protección de 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.

67. Los componentes o «elementos esenciales e interrelacionados» 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».

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».

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». La accesibilidad comprende la no discriminación, la accesibilidad física, la asequibilidad económica y el acceso a la información.

Calidad

Los establecimientos, servicios y tecnologías de salud deberán estar centrados en el usuario, ser apropiados desde el punto de vista médico y técnico y responder a estándares de calidad aceptados por las comunidades científicas.

68. El artículo 49 de la Constitución dispone que la atención en salud es un servicio público a cargo del Estado. Por tanto, 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 salud. El artículo 6.º de la LES prevé que son principios del SGSSS (i) la equidad, (ii) la universalidad, (iii) la continuidad, (iv) la oportunidad, (v) la solidaridad, (vi) la eficiencia, (vii) la sostenibilidad, (viii) la interculturalidad, (ix) el principio de interpretación pro homine, (x) la progresividad, (xi) la libre elección y (xii) la integralidad, entre otros.

(ii) El derecho a la salud de los adultos mayores, como sujetos de especial protección constitucional. Reiteración de jurisprudencia

69. La Carta Política de 1991, en su artículo 46 estableció que «[e]l Estado, la sociedad y la familia concurrirán para la protección y la asistencia de las personas de la tercera edad y promoverán su integración a la vida activa y comunitaria. El Estado les garantizará los servicios de la seguridad social integral y el subsidio alimentario en caso de indigencia».

70. En ese orden de ideas, el Estado colombiano ha desarrollado, tanto en la normatividad constitucional a partir de los artículos 13, 47 y 49 superior, como en la LES y en las decisiones judiciales a las que se referirá la Sala a continuación, los mecanismos que propenden para que la protección al adulto mayor prevalezca sobre otro tipo de criterios restrictivos en cuanto a la forma como se entregan, se reconocen y materializan las prestaciones, ya en el plano económico, como en lo socio-político.

71. Lo anterior implica que, tanto el desarrollo normativo, como el diseño, planeación e

implementación de políticas públicas, deben propender por la materialización de dicha protección especial, bajo criterios de priorización dentro del sistema de seguridad social en salud, tanto en su faceta de atención, como en la de diagnóstico, cuidado, paliación y frente a todo lo que les proporcione mejor bienestar en condiciones dignas a los adultos mayores.

72. También es importante referir que este derecho se encuentra consagrado en la Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de Personas Mayores, adoptada en Washington el 15 de junio de 2015 por la Organización de los Estados Americanos (OEA) y ratificada por Colombia mediante la Ley 2055 de 2020, la cual forma parte del bloque de constitucionalidad, y en la Declaración Política y el Plan de Acción Internacional sobre el Envejecimiento de Madrid, de 2002, adoptado por los países asistentes a la Segunda Asamblea Mundial sobre el Envejecimiento, de Naciones Unidas, de los que hizo parte Colombia, el cual aunque es soft law, constituye un criterio de interpretación relevante para la protección de los derechos fundamentales.

73. Bajo esa perspectiva, resulta importante resaltar lo sostenido por esta corporación, en relación con la garantía a los derechos fundamentales de los adultos mayores, al señalar que «la condición de sujetos de especial protección constitucional en lo que respecta a los adultos mayores adquiere mayor relevancia cuando: (i) los reclamos se hacen en el plano de la dignidad humana, o (ii) está presuntamente afectada su “subsistencia en condiciones dignas, la salud, el mínimo vital entre otros. Así, le corresponde a las autoridades y, particularmente, al juez constitucional obrar con especial diligencia cuando se trate de este tipo de personas, pues, en atención a sus condiciones de debilidad manifiesta, resulta imperativo aplicar criterios eminentemente protectivos a favor de las mismas”».

74. Adicionalmente, también sostuvo esta Corte en reciente jurisprudencia que: «los servicios e insumos de salud que requieran las personas de la tercera edad deben garantizarse de manera continua, oportuna, permanente y eficiente. Esto sin anteponer barreras de orden administrativo. En relación con la provisión de los servicios de salud [...] el juez debe analizar las pruebas aportadas al proceso. Si de ellas no logra concluir qué insumos y servicios son necesarios para el paciente, entonces deberá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico».

75. Bajo esa línea, resulta no solo necesario sino exigible, conforme los principios de

confianza legítima y solidaridad, que desde las diferentes autoridades del poder público se haga todo lo posible para que las garantías especiales que comprometen la vida, la salud y la dignidad humana, cuenten con instrumentos y mecanismos eficientes y efectivos frente a la materialización de las prestaciones de estos sujetos de especial protección.

(iii) El acceso a insumos, servicios y tecnologías en salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Régimen de inclusión y exclusión. Reiteración de jurisprudencia

76. El artículo 10 de la LES prescribe que las personas tienen derecho al acceso y provisión oportuna de los servicios y tecnologías que sean necesarios para asegurar una atención en salud integral, lo que implica que el Estado tiene el deber de «asegurar la disponibilidad de todos los tratamientos, medicamentos e intervenciones necesarias para garantizar la plenitud física y mental de los individuos». En el mismo sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU señala 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».

77. La LES prescribió que el Estado garantizará el acceso a los servicios y tecnologías en salud que se encuentren cubiertos por el PBS, 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 secuelas.

78. Por medio del artículo 15 de la citada ley, se adoptó un «modelo de exclusión expresa» conforme al cual el paciente tiene derecho a recibir todos los insumos, servicios y tecnologías en salud, salvo aquellos que estén expresamente excluidos. En estos términos, la cobertura de todos los insumos, servicios y tecnologías que son necesarios para garantizar el derecho a la salud es la regla general y «las exclusiones la excepción». Los insumos, 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 2.º del Decreto Ley 4107 de 2011 dispone que es función del Ministerio de Salud y Protección Social definir los servicios y tecnologías en salud que forman parte del PBS, así como fijar el listado de exclusiones. Asimismo, el inciso 1.º del artículo 15 de la LES dispone que la cartera de salud debe actualizar el PBS anualmente a partir de una

«concepción integral de la salud», así como criterios técnicos y financieros.

79. Esta corporación ha señalado que, a partir de los criterios de inclusión/exclusión en el PBS contenidos en el artículo 15 de la LES, existen dos tipos de servicios y tecnologías en salud:

80. 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 exclusiones (regla de inclusión implícita). Estos servicios y tecnologías en salud deben ser financiados con cargo a los recursos del SGSSS. Las EPS y las 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 insumo. 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 salud.

81. Sin embargo, en cuanto a la falta de prescripción u orden médica de insumos clínicos, y como garantía al derecho al diagnóstico del paciente, esta corporación ha señalado que:

Es menester que el juez de tutela, en los casos desprovistos de formula médica: i) ordene el suministro del servicio o tecnología en salud incluidos en el PBS con base en la evidente necesidad del mismo -hecho notorio-, siempre que se condicione a la posterior ratificación del profesional tratante y, ii) en ausencia de la mencionada evidencia, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, ordene a la entidad promotora de salud 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 si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto

82. En esta misma línea, la Sentencia T-050 de 2023 señaló que: «excepcionalmente, puede ordenarse el suministro de insumos por vía de tutela, sin que medie prescripción médica, siempre y cuando se cumplan unos requisitos específicos, como que de la historia clínica u

otras pruebas se evidencie de manera clara y sin ningún tipo de ambigüedad que son necesarios, como, por ejemplo, lo serían para personas de la tercera edad, que requieren de pañales, por no tener control de esfínteres, debido a los padecimientos de alguna enfermedad o a la imposibilidad que tengan para moverse y mantenerse en forma autónoma».

83. Es importante advertir que esta corporación en la citada Sentencia T-050 de 2023, analizó un caso con similares características y resolvió ordenar a la Fiduciaria la Previsora S.A, en su condición de vocera y administradora del FOMAG, la actualización del listado de exclusiones en materia de suministro de pañales, pañitos húmedos y crema anti-escaras, teniendo en cuenta que dichas prestaciones no pueden considerarse excluidas del PBS del régimen especial del magisterio, cuando se consideran incluídas en el PBS del SGSSS.

84. Grupo 2: 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» en la norma reglamentaria que expida el Ministerio de Salud y Protección Social 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 2.º del artículo 15 de la LES. 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.

85. 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 constitucional, esta regla puede ser inaplicable si se cumplen cuatro requisitos, a saber: (i) 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; (ii) 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; (iii) el paciente carece de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del

servicio o tecnología en salud. Asimismo, no cuenta con la posibilidad de acceder al suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención especiales otorgados por algunos empleadores; y (iv) 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.

86. 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.

(iv) Suministro de insumos para el cuidado de la salud, no cosméticos ni de aseo, no excluidos del PBS del Sistema General de Seguridad Social en Salud

87. Como ya se ha mencionado por la jurisprudencia constitucional, resulta claro que los pañales, las cremas anti-escaras, los pañitos húmedos y los guantes, elementos solicitados por la agenciada en la acción de tutela, no curan las causas de la enfermedad, pero su falta de empleo en pacientes con patologías que limitan la capacidad de realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente, puede causar dermatitis asociada a la incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que, en casos extremos, pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte, de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, así como infecciones urinarias. El juez constitucional espera que estas situaciones sean evitadas y que no se permita llegar a tal punto que la falta de su suministro agudice aún más las afectaciones a la salud de quien acude a la tutela.

88. Aunado a lo anterior, cabe recordar que los pañales son entendidos por la jurisprudencia constitucional «como insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud y que, debido a su falta de locomoción y al hecho de depender totalmente de un tercero, no pueden realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. La finalidad de los pañales es, a su vez, reducir la incomodidad e intranquilidad que les genera a las personas no poder controlar cuándo y dónde realizar sus necesidades». En ese sentido, la Corte Constitucional ha reconocido además que, 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 los requiere y, por tanto, se encuadran dentro del concepto de bienestar, desarrollado con ocasión de la definición del derecho fundamental a la salud.

89. Ahora bien, la Corte ha considerado, que de acuerdo a la Resolución 244 de 2019 del Ministerio de Salud y Protección Social, no se observa en ningún aparte de dicha normativa, que esté expresamente excluido el suministro de pañales, por tanto, aplicando la regla de que todo lo que no esté explícitamente excluido se considera incluido, los pañales se encuentran incluidos implícitamente en el PBS.

90. En cuanto a las cremas anti-escaras, estos son considerados como insumos que actúan como medidas preventivas de las úlceras por presión; consisten en una mezcla emulsionada de agua y aceite y se diferencian de la emulsión, que se entiende como una composición de dos fases líquidas que no llegan a mezclarse y que suele usarse en productos cosméticos; así mismo, la crema se diferencia de la loción, en la medida en que esta contiene un porcentaje mayor de agua que de aceite.

91. Para dichos elementos, es necesario tener en cuenta que el listado de exclusiones vigente contenido en la Resolución 244 de 2019 no consagra expresamente las cremas anti-escaras. Los servicios y tecnologías más próximos en esas listas son la emulsión hidratante corporal (numeral 18) y la loción hidratante corporal (numeral 35). Por lo que para la corporación, según lo señalado en Sentencia T-050 de 2023, se deben aplicar las reglas fijadas de exclusión expresa contenidas en la Sentencia C-313 de 2014, frente a las cuales los servicios y tecnologías que se excluyan del plan de beneficios en salud deben consagrarse de manera expresa, taxativa y determinable, de lo contrario se infringe el deber de otorgar el nivel más alto de salud posible. Por tanto, la Sala destaca que bajo la normativa vigente la crema anti-escaras no se encuentra excluida del plan de beneficios en salud, por lo que se considera incluida implícitamente.

92. En lo que respecta a los guantes desechables, aplicando la misma regla que opera en el caso de los pañales y crema antiescaras, estos no se encuentran excluidos explícitamente del PBS de acuerdo al contenido en la Resolución 244 de 2019, por lo que en dicho caso, al no ser excluidos del PBS, estos se entenderán incluidos.

93. Ahora, en lo que respecta a los pañitos húmedos, estos se encuentran excluidos explícitamente del Plan de Beneficios en Salud PBS de carácter general, para toda enfermedad o condición asociada al servicio, de conformidad con la normatividad vigente -el numeral 57 del anexo de la Resolución 244 de 2019-, por lo que para este caso se deberá reconocer la exclusión, sin que opere la regla de inclusión antes referida. Al respecto ha sostenido esta corporación que:

Los pañitos húmedos están expresamente excluidos del PBS para todas las enfermedades o condiciones de salud, pues así lo dispuso el numeral 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019 y el numeral 97 de la Resolución 2273 de 2021. Sin embargo, en algunas oportunidades, el acceso a estos insumos puede resultar necesario para garantizar el derecho a la salud o a la vida digna de las personas. Tal es el caso de pacientes con capacidad limitada para realizar sus necesidades fisiológicas autónomamente. Así lo reconoció la Sentencia SU-508 de 2020. En esa oportunidad, esta Corporación consideró que dejar de emplear algunos insumos como los pañitos húmedos, en esos usuarios, puede causar dermatitis asociada a la incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), infecciones urinarias y lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas. Respecto de estas últimas, precisó que su falta de atención oportuna y adecuada, en casos extremos, puede llevar a la sepsis e incluso a la muerte

(v) El suministro de insumos, servicios y tecnologías en salud en el régimen especial de seguridad social en salud del magisterio. Reiteración de jurisprudencia

94. 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» y otorgar una mayor protección en seguridad social a grupos determinados de trabajadores.

95. Tal como lo indicó la Sentencia T-042 de 2020 «la existencia de los regímenes exceptuados, como lo es, el del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no desconoce los principios constitucionales, en especial al de igualdad, siempre y cuando las normas que rigen a este mejoren las condiciones de sus miembros y no le sean desfavorables en relación con el régimen general».

96. En Sentencia C- 835 de 2002 esta corporación señaló que:

En virtud de la expedición de la Ley 100 de 1993, el Congreso de la República promulgó el régimen general e integral de Seguridad Social para los habitantes del territorio nacional. Este régimen estructura el sistema administrativo que se dirige a garantizar la efectiva promoción de los derechos derivados de la garantía constitucional a que se contrae el artículo 48 de la Carta Política. No obstante, consciente de la necesidad de establecer regulaciones especiales en la materia, que resolvieran exigencias particulares de ciertos grupos humanos, el constituyente del 91 admitió en ciertos casos la existencia de regímenes especiales de seguridad social. En el mismo contexto, ha sido la propia Corte Constitucional la que ha admitido que la existencia de regímenes prestacionales distintos al régimen general de seguridad social no vulnera per se el derecho a la igualdad constitucional, consagrado en el artículo 13 del Estatuto Superior. El Tribunal acepta en su jurisprudencia que la existencia de sistemas prestacionales especiales responde a la necesidad de garantizar los derechos adquiridos de ciertos sectores de la población que por sus características especiales merecen un trato justificadamente diferente al que reciben los demás beneficiarios de la seguridad social. Con todo, la misma línea jurisprudencial de la Corte ha hecho la salvedad de que, aunque el trato diferencial no quebranta por sí mismo el principio de igualdad constitucional de los miembros del régimen especial frente a los beneficiarios del régimen general, dicho tratamiento diferencial debe estar encaminado a mejorar las condiciones económicas del grupo humano al cual se aplica, por lo que resultan inequitativos, es decir, contrarios al principio de igualdad constitucional, los regímenes especiales de seguridad social que introducen desmejoras o tratamientos de inferior categoría a los concedido por el régimen general

97. Igualmente, en la Sentencia T-907 de 2004 este tribunal expresó que: «[e]n anteriores pronunciamientos, la Corte Constitucional ha explicado que la existencia de regímenes especiales de seguridad social no es contraria a la Constitución, siempre y cuando los servicios y beneficios que allí se otorgan a los afiliados y beneficiarios no sean menores que los del régimen general». Lo anterior ha sido reiterado en las sentencias T-632 de 2013, T-590 de 2016 y T-177 de 2017, entre otras.

98. El régimen de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio -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 6.º de la Ley 60 de 1993 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, Fiduprevisora, quien tiene la obligación de contratar las instituciones prestadoras de servicios o las uniones temporales que prestarán los servicios de atención en salud a los docentes afiliados y sus beneficiarios. Este régimen especial cuenta con un Plan Integral de Salud que está contenido en el Acuerdo 04 de 2004.

100. Ahora bien, como se acaba de explicar, la Constitución no permite que al magisterio se le aplique «una cobertura inferior a la prestada a los afiliados del régimen general en salud». La Fiduprevisora tiene la obligación de actualizar la lista de inclusiones y exclusiones del régimen del magisterio y los contratos respectivos «de conformidad a la legislación y jurisprudencia vigente en materia de salud».

(vi) Suministro de insumos para el cuidado de la salud, no cosméticos ni de aseo, no excluidos del PBS del régimen especial de salud del magisterio

101. En lo que tiene que ver con la inclusiones y exclusiones de insumos, servicios y tecnologías en el régimen especial de salud del magisterio, en el anterior acápite (Fj 99) se dejó mencionado que este se rige por el Anexo 1 al Plan Integral de Salud del magisterio, en el que se encuentran excluidos explícitamente los pañales y se establece como regla que «todo lo que no está excluido está incluido».

102. Sin embargo, los pañales tienen una inclusión implícita en el PBS del SGSSS y, por ello, también deben entenderse incluidos en el régimen especial de salud del magisterio, ya que los regímenes especiales en salud, tal como se ha explicado, están en la obligación de reconocer, como mínimo, los mismos insumos, servicios y tecnologías del PBS general, conforme se desprende de la Constitución y de la línea jurisprudencial de esta corporación mencionada anteriormente, lo que también supone ser reconocidos por el FOMAG.

103. Ahora bien, en lo que tiene que ver con la crema anti-escara, pañitos húmedos y guantes, estos no están excluidos explícitamente del régimen especial en salud del magisterio, por lo que, aplicando la regla de inclusión implícita, deben entenderse que hacen parte del PBS de dicho régimen.

Caso concreto

104. De acuerdo con las anteriores consideraciones, la Sala entra a revisar si en el presente caso se está frente a una vulneración del derecho a la salud de la agenciada, conforme a la aplicación de los parámetros aludidos.

105. Como se advirtió, la tutela impetrada por la agente oficiosa invoca la protección constitucional de los derechos fundamentales de una adulta mayor de 72 años, quien es un sujeto de especial protección constitucional, diagnosticada con demencia en la enfermedad de Alzheimer, sin control de esfínteres, con incontinencia fecal y urinaria, que requiere el uso de pañales y otros elementos necesarios para su cuidado y salud, como crema anti-escaras, pañitos húmedos y guantes.

106. A su vez, se evidencia dentro del proceso de tutela que Isabel es afiliada al FOMAG, en su calidad de sustituta pensional, y que los servicios de salud han sido contratados para este tipo de afiliados, ubicados en la región de Tolima y Huila, con la Unión Temporal 1, de acuerdo al contrato suscrito entre esta y la Fiduprevisora S.A., entidad vocera y administradora de los recursos del FOMAG.

107. Asimismo, se demuestra dentro del proceso que la accionante solicitó de manera permanente, ante el personal médico tratante de la agenciada, la prescripción bajo orden médica de los pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes requeridos, teniendo en cuenta la incontinencia que padece y la necesidad de garantizar el bienestar y calidad de vida digna de su señora madre, solicitud que no tuvo una respuesta positiva por parte de las accionadas. Esta posición se mantuvo en las instancias judiciales, tanto en el trámite de tutela surtido por el juzgado de conocimiento en la única instancia surtida, como en sede de revisión, de acuerdo a las pruebas allegadas al expediente.

108. El argumento que esgrimió la Unión Temporal 1 para no suministrar los insumos solicitados por la accionante, es que los elementos como pañales, crema anti-escaras, pañitos húmedos y guantes se encuentran excluidos del PBS del régimen especial en el que se encuentra la afiliada, de acuerdo con los servicios contratados por la Fiduprevisora S.A., como con lo establecido en el Manual del Usuario 2017-2021, en su ítem 12.

109. De igual forma, las accionadas llaman la atención sobre la inexistencia de alguna orden

médica que de cuenta de la necesidad de usar dichos elementos y de que los mismos estén relacionados con el ámbito de la salud y el bienestar de la paciente, situación que les impide responder favorablemente a la solicitud de la accionante.

110. La accionada manifestó, en cuanto al PBS contratado por la Fiduprevisora S.A., que «[c]onforme a las exclusiones que trata el plan de beneficios en salud a favor de los afiliados activos al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, respecto a las pretensiones de entrega de pañales, cremas y pañitos estos son considerados servicios que se encuentran excluidos del plan de beneficios contratados, con fundamento en las obligaciones contractuales convenidas entre las partes, sujetas al plan de beneficios contratado [...] de igual manera, se debe poner de presente que los pañales, pañitos, cremas y guantes, son elementos de higiene, donde estos NO registran como medicamento ante el Invima sino como elementos de aseo y limpieza».

111. Adicionalmente, la accionada hace referencia a los criterios aplicables a la exclusión de insumos, servicios y tecnologías en salud contenidos en el Acuerdo 029 de 2011, el cual tiene como objeto la definición, aclaración y actualización integral del Plan Obligatorio de Salud que debe ser aplicado por las entidades integrantes del sistema general de seguridad social y que determina:

Artículo 6. Criterios para las exclusiones. Los criterios generales para las exclusiones explícitas del Plan Obligatorio de Salud son los siguientes:

1. La tecnología en salud considerada como cosmética, estética, suntuaria o de embellecimiento, así como la atención de sus complicaciones, salvo la atención inicial de urgencias [...]

6. Bienes y servicios que no correspondan al ámbito de la salud

112. En esos términos, para la accionada los elementos solicitados por la accionante para el cuidado en la salud de su señora madre, son considerados como elementos de aseo y limpieza, no como medicamentos, lo que le permite concluir a la accionada que tanto los pañales, como los pañitos húmedos, los guantes y la crema anti-escaras se encuentran «explícitamente excluidos» del PBS contratado por la Fiduprevisora S.A. para sus afiliados.

113. Sin embargo, la Corte no comparte dichos argumentos, ya que los mencionados insumos, tal como se explicó en los fundamentos jurídicos del 87 al 93 de esta providencia, deben ser considerados insumos de salud y no elementos cosméticos, estéticos, suntuarios o de embellecimiento, ni tampoco como elementos de aseo. Tanto los pañales, como los pañitos húmedos, la crema anti-escaras y los guantes se consideran relevantes para el cuidado personal de una persona en especiales condiciones, es decir, se trata de una paciente con una enfermedad que le impide controlar esfínteres, lo cual hace necesario para su diario vivir el uso de dichos insumos clínicos, tanto para preservar su salud en condiciones dignas, como para evitar, que tras la falta de uso de los mismos, se sumen otro tipo de enfermedades o afectaciones a la salud de la paciente como dermatitis asociada a la incontinencia (DAI), lesiones de la piel con pérdida progresiva de la misma (que generan un fuerte dolor), lesiones crónicas que conducen a infecciones cutáneas y que, en casos extremos, pueden llevar a la sepsis y hasta la muerte, de no ser atendidas oportuna y adecuadamente, así como infecciones urinarias.

114. Una de las funciones del juez constitucional es que a través de sus pronunciamientos judiciales se promueva, en las diferentes entidades que hacen parte del sistema general y de los sistemas especiales de salud, una interpretación de la ley garantista de los derechos del usuario del sistema, que evite que se impongan a los afiliados barreras administrativas y judiciales, así como prácticas inconstitucionales que atenten contra los postulados superiores.

116. En este punto resulta importante advertir, frente a uno de los argumentos expresado por la Unión Temporal, que en nada afecta que se haya evidenciado la capacidad económica del afiliado o de sus familiares en virtud del principio de solidaridad, por cuanto no se trata de insumos excluidos del plan de beneficios, sino que corresponde a elementos que se consideran incluidos en el PBS del régimen especial de salud del magisterio y que, además, son reconocidos como tales en el régimen general de seguridad social en salud.

117. Por último, por cuanto está acreditado en la actuación, de manera clara y sin ambigüedades, que la agenciada requiere para su bienestar de los pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes, resulta procedente aplicar la regla jurisprudencial contenida en el fundamento jurídico 80, frente a la no necesidad de una orden o prescripción médica para la entrega de los insumos, en aquellos casos en los que de acuerdo al

diagnóstico del paciente, el suministro de los insumos resulta necesario para la salud.

118. En este sentido, encontrándose probada tanto en la historia clínica como en lo manifestado por las partes dentro del presente trámite de tutela, la gravedad del diagnóstico de la agenciada, que corresponde al de «demencia en la enfermedad de Alzheimer», en el que presenta falta de control de esfínteres que le ha ocasionado incontinencia, es menester que esta sala ordene el suministro de los insumos en salud solicitados por vía de tutela, sin que medie orden médica.

Órdenes por proferir

119. En virtud de las anteriores consideraciones frente al caso concreto, la Sala procederá a emitir las siguientes órdenes judiciales, en aras de proteger los derechos fundamentales de la agenciada, así:

120. Revocará la sentencia de única instancia proferida por el Juzgado 4o-Tolima, en el sentido de conceder el amparo constitucional al derecho a la salud de Isabel, como sujeto de especial protección constitucional.

121. En consecuencia, se ordenará a la Unión Temporal 1, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, cumpla con el suministro de los pañales, pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes a la señora Isabel, de manera periódica, en su calidad de afiliada a esa entidad, los cuales deberán ser entregados en su domicilio y durante el tiempo que su diagnóstico así lo requiera. Adicionalmente, a fin de evitar que dicha situación se repita, poniendo en riesgo los derechos fundamentales de la accionante, la Sala prevendrá a la accionada para que se abstenga de incurrir en las acciones u omisiones que dieron origen a la solicitud de amparo de tutela.

122. Asimismo, se ordenará a la Fiduprevisora S.A., entidad vocera y administradora de los recursos del FOMAG o a quien haga sus veces, realizar las modificaciones pertinentes en cuanto al contrato que suscriba o esté actualmente vigente con la entidad o institución que preste los servicios de salud a sus afiliados, para la región Tolima - Huila, y que en este caso corresponde al suscrito con la Unión Temporal 1, a fin de que haga parte de dicho contrato, la correspondiente actualización de exclusiones y/o inclusiones de servicios, procedimientos, tecnologías e insumos del PBS del régimen del magisterio.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión, administrando justicia, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR la sentencia del 16 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado 4o-Tolima, que declaró improcedente la acción de tutela. En su lugar, CONCEDER el amparo del derecho fundamental a la salud de Isabel, como sujeto de especial protección constitucional.

SEGUNDO. ORDENAR a la accionada Unión Temporal 1, para que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la presente providencia, suministre y entregue los pañales, los pañitos húmedos, crema anti-escaras y guantes necesarios para el cuidado y salud de Isabel, de manera periódica y durante el tiempo que su diagnóstico así lo requiera, los cuales deberán ser suministrados en el domicilio de la agenciada.

TERCERO. PREVENIR a la Unión Temporal 1