Sentencia T-332/22

DERECHO A LA SALUD DE PERSONA DE LA TERCERA EDAD-Vulneración por EPS por omisión en la autorización y suministro de insumos y tecnologías

(…) la entidad accionada vulneró los derechos a la vida digna y a la salud de la agenciada, pues, al no actualizar la exclusión de pañales de conformidad a la legislación y jurisprudencia vigente en materia de salud, se negó a diagnosticar si se mantenía la necesidad del uso de pañales y de hacer entrega de dicho insumo de acuerdo con el Plan de Beneficios en Salud.

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

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

SUMINISTRO DE TECNOLOGIAS Y SERVICIOS INCLUIDOS EN EL PLAN DE BENEFICIOS EN SALUD-Procedencia de la tutela cuando no existe prescripción médica y posterior ratificación del médico tratante/SUMINISTRO DE PAÑALES-Incluidos en el PBS

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

DERECHO A LA SALUD Y A LA VIDA EN CONDICIONES DIGNAS-Orden a EPS realizar una valoración médica sobre el estado de salud de la agenciada y autorizar el suministro de insumos dependiendo de la necesidad que evidencie el médico tratante

Expediente: T-8.579.334

Acción de tutela interpuesta por GAGJ, quien actúa como agente oficioso de su madre, LAJJ, en contra de PROINSALUD S.A. y las vinculadas, FIDUPREVISORA S.A. y Unión Temporal Salud Sur 2

Magistrado ponente:

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Bogotá, D.C., veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintidós (2022).

Nota previa: En observancia de la Circular Interna No. 10 de 2022 de la Presidencia de la Corte Constitucional sobre la anonimización de nombres en las providencias disponibles al público en la página web de la Corte Constitucional, la Sala dispuso que la presente providencia fuera presentada en dos ejemplares. Uno, con el nombre real y la información completa de la persona involucrada en este caso, y otro, con sus iniciales. La razón para anonimizar el nombre de la accionante es que en el fallo aparece información sobre la historia clínica de la accionante.

La Sala Segunda de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Jorge Enrique Ibáñez Najar, quien la preside,1 en ejercicio de sus competencias constitucionales, legales y reglamentarias, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela de 4 de octubre de 2021, proferido en única instancia por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con Funciones de Conocimiento, en el que se resolvió la acción de tutela interpuesta por GAGJ, quien actuó como su agente oficioso de su madre, LAJJ, en contra de Profesionales de la Salud S.A. – PROINSALUD S.A., por la presunta vulneración de sus derechos a la vida digna y a la salud.2 En el proceso fueron vinculadas la Fiduciaria La Previsora S.A. – FIDUPREVISORA S.A., quien obra en nombre y representación del patrimonio autónomo denominado Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (cuenta especial de la Nación – Ministerio de Educación Nacional) y la Unión Temporal Salud Sur 2, integrada por las sociedades PROINSALUD S.A., el Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá – FAMAC Ltda., y la Unidad Médico Asistencial del Putumayo Empresa Unipersonal – UNIMAP E.U.3

I. ANTECEDENTES

Hechos probados

1. Según se indica en el escrito de tutela presentado el 21 de septiembre de 20214 en la ciudad de San Juan de Pasto, Nariño,5 GAGJ actuando como agente oficioso de su madre, la señora LAJJ,6 indicó que esta se encuentra afiliada a PROINSALUD S.A., en el régimen contributivo, como su beneficiaria dado que él se desempeña como docente y está afiliado al Magisterio.7

1. De acuerdo con un documento de diagnóstico del estado de la paciente expedido el 21 de junio de 2021,8 la señora LAJJ sufre de “demencia en la enfermedad de Alzheimer”, “infección de vías urinarias” e “incontinencia urinaria”. Adicionalmente, se adjuntó un documento emitido por PROINSALUD S.A como “solicitud de remisiones por consulta externa” del 14 de julio del mismo año, en el que se reitera las enfermedades antes descritas y se reseña que la señora LAJJ se encuentra “desde hace 6 meses con uso de pañal permanente. Paciente requiere de este insumo. Se solicita urocultivo y se remite a control por urología.”9

1. El señor GAGJ indicó en la acción de tutela que la entidad accionada, PROINSALUD S.A., tiene conocimiento de que su madre, la señora LAJJ, necesita hacer uso permanente de pañales, según lo estimó el médico tratante en el documento de solicitud de remisiones antes reseñado. Con base en este diagnóstico, el agente oficioso afirmó haber solicitado a la entidad accionada que hiciera entrega, en favor de su madre, de pañales desechables, a lo que, afirma, recibió una respuesta negativa con base en que, en el Plan de Beneficios del Magisterio, los pañales desechables se encuentran incluidos en la lista de exclusiones por ser elementos suntuarios.11

1. Frente a la anterior afirmación, PROINSALUD S.A. indicó que en el Anexo 1 sobre la cobertura y el plan de beneficios del contrato suscrito entre la Unión Temporal Salud Sur 2 y

la FIDUPREVISORA S.A se excluyó la provisión de pañales desechables. En especial indicó que, “Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de este régimen de excepción y que se describen a continuación. // No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental y demás elementos de aseo; leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria, edulcorantes o sustitutos de la sal. Los anti-solares y cremas hidratantes serán cubiertos cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente. // Los pañales de niños y adultos y las toallas higiénicas. // En cuanto a esta solicitud esos insumos que deben ser cubiertos por su núcleo familiar, en atención a que los mismos no se encuentran por dentro del POS RÉGIMEN ESPECIAL, y atendiendo al principio de solidaridad, deben ser asumidos por ellos, PROINSALUD no procede con las solicitudes porque esto desangra económicamente las finanzas de la INSTITUCIÓN PRESTADORA DE SALUD PROINSALUD S.A. y son necesidades básicas que deben ser cubiertas por el núcleo familiar.” 12 (subrayas fuera de texto)

1. Para el 23 mayo de 2022,13 PROINSALUD S.A. no le había hecho entrega de los pañales que han venido solicitando.

Pretensiones y fundamentos de la acción de tutela

1. Con base en los anteriores hechos, el señor GAGJ, en calidad de agente oficioso de la señora LAJJ, interpuso acción de tutela solicitando la protección de su derecho fundamental a la salud en conexidad con los derechos a la dignidad humana y a la vida digna, así como a la protección de las personas de la tercera edad, que se encuentran en los artículos 1, 11, 46, 48 y 49 de la Constitución Política. Además, solicitó que se ordene a la entidad accionada, PROINSALUD S.A., que autorice el suministro de 100 pañales mensuales, talla M, que la

señora LAJJ requiere de forma permanente. Así mismo, pidió, como medida provisional, que se ordene a la accionada, o a quien corresponda su autorización, el suministro inmediato de pañales desechables.14

1. Como fundamento de las anteriores pretensiones, el accionante se refirió a varias normas legales y a múltiples sentencias de la Corte Constitucional. Sus argumentos pueden sintetizarse así: (i) por cuenta de su edad y sus condiciones de salud, la señora LAJJ se encuentra en situación de debilidad manifiesta y es un sujeto de especial protección constitucional, por lo que la garantía de los derechos que su agente oficioso estima conculcados puede pretenderse a través de la acción de tutela, (ii) a pesar de que existan servicios médicos o tecnologías excluidos de financiación con recursos públicos de la salud, su necesidad impone, a las entidades que integran el sistema, el deber constitucional de garantizar su suministro, so pena de amenazar o vulnerar el derecho a la salud como derecho fundamental, (iii) dadas las especiales condiciones de algunos pacientes, como sufrir de enfermedades congénitas o accidentales, su edad, su dependencia de terceros, o la falta de capacidad económica, el suministro de pañales desechables puede constituir una forma de garantizar el goce de su derecho a la salud y la vida en condiciones dignas, y (iv) con base en la Sentencia SU-508 de 2020 de la Corte, aun si no existe orden médica, los jueces pueden ordenar el suministro de pañales condicionado a la posterior ratificación de su necesidad por el médico tratante, siempre y cuando aquellos puedan determinar, a partir de la historia clínica y las demás pruebas incluidas en el expediente, que las condiciones de la persona considerada lo ameritan.15

Respuestas de las accionadas y las entidades vinculadas

1. El Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con Funciones de Conocimiento admitió la acción de tutela en contra de PROINSALUD S.A. y dispuso, oficiosamente, vincular a la FIDUPREVISORA S.A., vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y la Unión Temporal Salud Sur 2, integrada por las sociedades PROINSALUD S.A., el Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá – FAMAC Ltda., y la Unidad Médico Asistencial del Putumayo Empresa Unipersonal – UNIMAP E.U.16 17

1. PROINSALUD S.A. Mediante memorial con fecha de 22 de septiembre de 2021, dio respuesta a la acción de tutela interpuesta. Señaló que no había negado la prestación del servicio de salud a la accionante, pues hasta el momento le ha ofrecido una atención integral con especialistas idóneos para la atención de sus patologías, con el objetivo de lograr la restitución de su estado de salud. Indicó que el Plan de Beneficios en Salud (PBS) incluye un conjunto de servicios y tecnologías a los que tiene derecho todo afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), y que, en el caso del régimen especial del Magisterio,18 su plan de salud se encuentra en el Anexo 1 del contrato suscrito entre la Unión Temporal Salud Sur 2 y la FIDUPREVISORA S.A, en el que se encuentran excluidos expresamente los pañales desechables, tal y como se señala a continuación:

"1.1. Exclusiones

Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de este régimen de excepción y que se describen a continuación.

* Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación.

* Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor.

* Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y suministren por fuera del territorio Nacional.

* Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico-quirúrgicos realizados en el exterior.

* Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente.

* Se excluyen tecnologías en salud sobre las cuales no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad o que tengan alertas de seguridad o falta de efectividad que recomienden su retiro del mercado, de acuerdo con la normatividad vigente.

* Tratamientos de ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica.

* Prestaciones de salud en instituciones no habilitadas para tal fin dentro del sistema de salud.

* No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental y demás elementos de aseo; leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos,. Los anti-solares y cremas hidratantes serán cubiertas cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente.

* No se reconocerán servicios por fuera del ámbito de la salud salvo algunos servicios complementarios y necesarios para el adecuado acceso a los servicios como el caso del transporte.

* Calzado Ortopédico.

* Los pañales de niños y adultos y las toallas higiénicas.

* Todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido.” (subrayas fuera de texto)

1. FIDUPREVISORA S.A. Por medio de un escrito con fecha de 23 de septiembre de 2021, dio respuesta a la orden de vinculación emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con Funciones de Conocimiento, y solicitó que se le desvincule del proceso por falta de

legitimación en la causa por pasiva. Se fundamentó en que el ente encargado de autorizar y suministrar los servicios requeridos por la accionante es la Unión Temporal con la cual se haya suscrito el respectivo contrato de prestación de servicios médicos, en este caso, Salud Sur 2. Además, mencionó que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG surtió la obligación contractual que le corresponde, que es la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, y que en esa medida son aquellas uniones temporales quienes tienen a su cargo la prestación del servicio médico y todo lo que de este se derive. Aclaró que la FIDUPREVISORA S.A. es una administradora de recursos públicos que se encarga de atender negocios propios de las sociedades fiduciarias, y no es una Entidad Promotora de Salud (EPS) ni una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS), por lo que no está legitimada para satisfacer las pretensiones de la parte accionante. Por lo anterior, solicitó al Juzgado requerir al representante legal de la Unión Temporal Salud Sur 2.20

1. Unión Temporal Salud Sur 2. De acuerdo con el fallo de única instancia, a pesar de haber sido notificada en debida forma, la Unión no emitió respuesta alguna.21

Decisión de tutela

1. Sentencia de única instancia. Mediante Sentencia de 4 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Municipal Penal de Pasto decidió negar la acción de tutela elevada por el señor GAGJ como agente oficioso de su madre, la señora LAJJ, al no evidenciar que PROINSALUD S.A hubiera vulnerado los derechos fundamentales invocados, como se explica a continuación.

1. Después de hacer un recuento de la evolución del carácter fundamental del derecho a la salud, así como del contenido del derecho a la vida en condiciones dignas, el Juzgado se ocupó de estudiar la procedencia de la acción de tutela para que se ordene la prestación y el suministro de medicamentos, procedimientos, servicios e insumos no incluidos en el Plan Básico de Salud. Al efecto, se basó en la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional,

en la que se enunciaron los casos en los que, por vía de tutela, puede ordenarse determinada prestación a pesar de no estar incluida en dicho Plan. A continuación, el Juzgado expuso las reglas establecidas por la jurisprudencia constitucional para establecer la capacidad económica de quien solicita un servicio o tecnología excluidos del Plan Básico. Posteriormente, se refirió al suministro de los pañales desechables, y notó que son un elemento de importancia indiscutible para preservar el derecho a la salud y a la vida digna de quien los requiere con urgencia.

1. De igual manera, al analizar si los jueces de tutela eran competentes para ordenar medicamentos o tratamientos médicos al resolver acciones de tutela, subrayó que los criterios médicos autorizados no podían sustituirse por el parecer de los jueces sin contar con la correspondiente orden médica, con base en las Sentencias T-1325 de 2001 y T-050 de 2009 de la Corte Constitucional. Por último, el Juzgado se refirió al principio de solidaridad, y explicó, a partir de la Sentencia T-024 de 2014 de la Corte, que era a la familia y los seres cercanos de los pacientes a quienes les correspondía, antes que al Estado, participar activamente en el tratamiento de sus condiciones médicas.22

1. Con fundamento en lo anterior, el Juzgado consideró que (i) dadas sus condiciones de salud y su edad, la señora LAJJ era un sujeto de especial protección constitucional, (ii) la atención en salud de las personas que pertenecen a esa categoría no podía estar limitada por restricciones administrativas o económicas, (iii) el suministro de pañales desechables estaba excluido del plan de beneficios contemplado en la Resolución 2481 de 2020, y (iv) por lo anterior, debía verificarse el cumplimiento de los requisitos establecidos en la Sentencia T-760 de 2008 para determinar si, por vía de tutela, podía ordenarse el suministro de los pañales solicitados por el agente oficioso de la señora LAJJ.23

1. Luego de revisar la concurrencia de tales requisitos en el caso concreto, el Juzgado estimó, primero, que, como la señora LAJJ se encuentra afiliada al régimen contributivo en calidad de beneficiaria, no se podía demostrar su falta de capacidad económica, y, segundo, que dado

que no cuenta con una orden médica emitida por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio de salud, el Juzgado no podía sustituir a los profesionales de la salud e imponer su propio criterio para ordenar, por vía de tutela, el suministro de unos insumos excluidos del plan de salud de régimen exceptuado sin haber determinado su necesidad ni, de ser el caso, su cantidad. Por lo anterior, el Juzgado consideró que no concurrían, en el caso concreto, las condiciones exigidas por la jurisprudencia para ordenar el suministro de insumos excluidos del Plan Básico de Salud, y, como se indicó, negó el amparo.

1. El fallo de primera instancia no fue impugnado.

II. CONSIDERACIONES

1. Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo previsto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política, por los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, y en virtud del Auto de 18 de marzo de 2022 de la Sala Tercera de Selección de Tutelas, que escogió el presente caso para su revisión.

A. Requisitos de procedencia de la acción de tutela

Legitimación en la causa

1. Por activa. El artículo 86 de la Constitución dispone que toda persona tendría acción de tutela para reclamar ante los jueces, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales. De igual forma, en el inciso 1º del artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 se estableció que la acción de tutela podría ser ejercida por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos, y que podría actuar por sí misma o a través de un representante.

1. El señor GAGJ indicó haber hecho uso de la acción de tutela para proteger los derechos de su madre actuando como su agente oficioso. En la Sentencia SU-055 de 2015 la Corte consideró que para que se configure la agencia oficiosa, era necesario:

"(i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal; individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales."24

1. En este caso, la accionante, la señora LAJJ, es una persona que, al tiempo de interposición de la acción de tutela, contaba con 79 años, y que sufre de múltiples patologías, incluyendo la enfermedad de Alzheimer e incontinencia urinaria. Así mismo, según lo indica su hijo, ella depende de terceros para la realización de las tareas más básicas.25

1. Por lo anterior, la Sala estima que el cumplimiento de dichos requisitos se encuentra acreditado, pues el señor GAGJ (i) puso de presente en el escrito de tutela que su madre (ii) no estaba en condiciones para defender, por sí misma, sus derechos fundamentales, esencialmente, porque no puede valerse por sí misma, dichos que son concordantes con los documentos que reposan en el expediente.26

1. Por pasiva. El inciso final del artículo 86 de la Constitución previó que "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". Así mismo, el artículo 5 del Decreto Ley 2591 de 1991 dispuso que la acción de tutela "(…) también procede contra acciones y omisiones de particulares". De igual forma, en el numeral 2 del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991 se dispuso que "La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos: // 2. Cuando aquél (sic) contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud." Al respecto de esta provisión, en el segundo artículo resolutivo de la Sentencia C-134 de 1994, la Corte Constitucional estimó que "Debe entenderse que la acción de tutela procede siempre contra el particular que esté prestando cualquier servicio público, y por la violación de cualquier derecho constitucional fundamental."27

1. La acción de tutela en el expediente T-8.579.334 fue interpuesta en contra de PROINSALUD S.A.28 Tiene como objeto social la prestación de los servicios integrales de salud, por sí o por contratación con terceras personas, dentro de las áreas de medicina, odontología y demás ciencias auxiliares o complementarias.29 Como se mencionó al comienzo de esta providencia, la sociedad hace parte, con un porcentaje de participación del 62%, de la Unión Temporal Salud Sur 2, también integrada por el Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá – FAMAC Ltda., y la Unidad Médico Asistencial del Putumayo Empresa Unipersonal – UNIMAP E.U,30 y está dedicada a la prestación de servicios en el marco del Contrato No. 12076-011-2017 "(…) para la prestación de servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en la Región 3, conformada por los departamentos de Nariño, Caquetá y Putumayo (…) celebrado entre FIDUPREVISORA S.A. [sociedad de economía mixta del orden nacional, sometida al régimen de Empresa Industrial y Comercial del Estado, vinculada al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia],31 obrando como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG), y la Unión Temporal Salud Sur 2."32

1. La FIDUPREVISORA S.A. celebró un contrato de fiducia mercantil con el Patrimonio

Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuyo objeto es que la primera administre, invierta y destine los recursos de la segunda para el cumplimiento de los objetivos previstos en el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, los cuales se relacionan con la administración y prestación de seguridad social en favor de los afiliados docentes y sus núcleos familiares. Algunas de las obligaciones de la FIDUPREVISORA S.A. son (i) contratar, previa autorización del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a las entidades que garantizarán la prestación de los servicios médico-asistenciales del personal docente afiliado al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y su grupo familiar, y (ii) vigilar y supervisar al contratista, en aras de garantizar la eficaz y oportuna prestación del servicio.33 La FIDUPREVISORA S.A. también goza de la facultad de ordenarle al contratista que corrija rápida y eficazmente los desajustes que llegaren a presentarse durante la ejecución del contrato o prestación del servicio, así como para que autónomamente adopte las medidas de control necesarias que garanticen la ejecución del contrato.34

1. En suma, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio ha encargado el manejo de su patrimonio a la FIDUPREVISORA S.A. para que esta asuma las labores de contratación, supervisión, vigilancia y correcta prestación del servicio de salud a cargo de la contratista, que para este caso es la Unión Temporal Salud Sur 2, de la que hace parte, junto con otras dos sociedades, PROINSALUD, S.A.

1. De todo lo anterior, se colige que la sociedad PROINSALUD S.A. es una sociedad comercial de derecho privado que está encargada de la prestación del servicio público de salud. Dado que es la entidad a la cual se encuentra afiliada la señora LAJJ en calidad de beneficiaria, es la persona con aptitud jurídica para ser demandada, en el caso concreto, mediante la acción de tutela, para responder ante la pretensión de amparo de los derechos fundamentales invocados. Por esta razón, la Sala Segunda de Revisión estima que el requisito de legitimación en la causa por pasiva se encuentra acreditado respecto de PROINSALUD S.A.

1. La Sala recuerda que al proceso de tutela fueron vinculadas la FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal Salud Sur 2. A efectos de continuar con el análisis del cumplimiento del

requisito de legitimación en la causa por pasiva en este caso, la Sala se referirá a algunas de las obligaciones asignadas en cabeza de ambas partes en el contrato antes indicado, y traerá a colación otras disposiciones relevantes, allí consignadas, relacionadas con la distribución de responsabilidades entre la FIDUPREVISORA S.A., el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y las sociedades que integran la Unión Temporal Salud Sur 2.

1. No obstante, antes de desarrollar el contenido de dicho Contrato, la Sala se referirá, brevemente, al régimen de salud aplicable al Magisterio y, luego, expondrá de forma corta el objeto del Contrato No. 12076-011-2017, celebrado entre la FIDUPREVISORA S.A. y la Unión Temporal Salud Sur 2. Según lo indicó PROINSALUD S.A. en la contestación que presentó en respuesta a la acción de tutela interpuesta en su contra, el Magisterio cuenta con un régimen especial compuesto por, entre otras, las Leyes 91 de 1989, 115 de 1994, y las demás que desarrollan el sistema general de seguridad social integral, pero al margen del régimen de la Ley 100 de 1993. El Contrato No. 12076-011-2017 de prestación de servicios suscrito en este contexto tiene como objeto que el contratista, es decir, las sociedades que integran la Unión Temporal Salud Sur 2, garantice la prestación de "(…) servicios médico asistenciales a los docentes activos, y pensionados afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y a sus beneficiarios, zonificados en la REGIÓN 3 que incluye los Departamentos de Nariño, Caquetá y Putumayo."35

1. Como se mencionó, la Unión Temporal funge como contratista en el Contrato No. 12076-011-2017 suscrito con la FIDUPREVISORA S.A, quien obra como contratante. Dentro de las obligaciones de aquella, específicas del sistema de salud, se encuentran:

"3. Responder de manera integral por el manejo del riesgo en salud y la garantía de los servicios de salud incluidos en el contrato", "5. Garantizar la atención de los principales riesgos de salud que afectan a los afiliados del Magisterio a través de programas que permitan la estandarización de intervenciones, la optimización de los recursos disponibles, (…) la minimización de barreras de acceso a la atención, medicamentos o insumos requeridos en el tratamiento, la incorporación rápida de avances tecnológicos, (…) y

seguimiento activo del proceso de atención", y "7. El contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta."36

1. La Unión Temporal también tiene obligaciones operativas, dentro de las cuales la Sala resalta las siguientes:

"3. Utilizar su experiencia, recursos tecnológicos, conocimiento especializado y todos los medios disponibles a su alcance para cumplir a cabalidad con el objeto de que se pretende contratar", y "5. Organizar y mantener operativa la red de Instituciones Prestadoras de Servicios, incluidos los servicios de apoyo diagnóstico y terapéutico, de conformidad con la oferta aprobada, más todos los que sean necesarios para garantizar el Plan de Salud del Magisterio, así como la organización de las Rutas Integrales de Atención en salud, para garantizar en cada uno de los municipios la atención de los afiliados del Magisterio y su tránsito por la red hacia los distintos niveles de complejidad en función de las necesidades de salud, atendiendo el principio de contigüidad, de acuerdo con el Modelo de Prestación de Servicios establecidos en el Anexo 3 del documento de selección de contratistas."37

1. Igualmente, la Unión tiene las siguientes obligaciones financieras: "1. Mantener durante todo el período de ejecución del contrato una reserva técnica equivalente a la sumatoria de una (1) UPCM [Unidad de Pago por Capitación del Magisterio] mensuales por todos sus afiliados de conformidad con el valor estimado del contrato", "2. Pagar oportunamente a las IPS, proveedores y otros servicios subcontratados que tengan relación directa con el objeto contractual, en los términos señalados en los Artículo 56 y 57 Ley 1438 de 2011 (sic)", y "3. Asumir los riesgos inherentes al servicio contratado y la forma de pago determinada."38

1. En el Contrato No. 12076-011-2017 también se dedicó un acápite a la descripción de las obligaciones, y sus límites, de la FIDUPREVISORA S.A., como administradora de los recursos y

vocera de la cuenta especial de la Nación – Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. La Sala Segunda de Revisión resalta que a la fiduciaria le corresponde “Efectuar los pagos del contrato dentro del plazo establecido en el presente documento”, pero que “(…) no estará obligada a asumir financiación alguna derivada del presente contrato, toda vez que obra como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo (…)”.39

1. Así mismo, en dicho contrato se incluyeron una serie de disposiciones atinentes a la relación entre la Unión Temporal y la FIDUPREVISORA S.A. En la cláusula décima octava se puntualizó que “Por tratarse de un contrato de prestación de servicio (sic), es sobreentendido que EL CONTRATISTA puede realizar autónomamente otras actividades conforme a su objeto social.” Así mismo, en la cláusula trigésima tercera del contrato, en la que se establece la fuente de los recursos, se estableció que “Las erogaciones que el CONTRATANTE efectúe para el pago del valor de la presente orden se harán con cargo al rubro correspondiente al presupuesto del CONTRATANTE para la vigencia fiscal de 2017, según el Certificado de Disponibilidad Presupuestal No. 3204 del dos (02) de marzo de 2017 (…). // Teniendo en cuenta que para respaldar la contratación se cuenta con recursos del Sistema General de Participación destinados al FNPSM [Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio] para la vigencia fiscal del 2017, se financiará con los recursos definidos por la Ley, certificados con la disponibilidad presupuestal, anexa, y para las demás vigencias fiscales con los recursos del presupuesto general de la Nación y Sistema General de Participación asignados por la Nación con destino al FNPSM en cada una de las leyes anuales del Presupuesto General de la Nación o sus adiciones, según lo señalado en el documento de selección definitivo de la Invitación Pública 002 de 2017.”40

1. De todo lo anterior, la Sala advierte y colige lo siguiente: (i) corresponde a la Unión Temporal Salud Sur 2 hacer uso de su experiencia, recursos tecnológicos, conocimiento especializado, y todos los medios disponibles a su alcance para garantizar, a través de las Instituciones Prestadoras de Servicios, el Plan de Salud del Magisterio, incluyendo aquellos servicios o tecnologías que puedan surgir en un futuro, estén o no contemplados en el Plan

inicial, (ii) la Unión Temporal tiene el deber de asumir los riesgos inherentes a la prestación del servicio de salud contratado, y deberá pagar, a las IPS, proveedores y otros servicios subcontratados, por sus servicios, (iii) a la FIDUPREVISORA S.A. no le corresponde asumir financiación alguna derivada del Contrato No. 12076-011-2017, pues únicamente obra como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y (iv) los recursos con los que se pagará a las sociedades que integran la Unión Temporal Salud Sur 2 por el cumplimiento del objeto del contrato corresponden, después de 2017, a aquellos del presupuesto general de la Nación y el Sistema General de Participación destinados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

1. Este recorrido por el Contrato No. 12076-011-2017 es relevante para comprender cómo la garantía del servicio de salud de los beneficiarios del régimen especial del Magisterio afiliados a PROINSALUD S.A. depende de una estructura en la que intervienen una serie de entidades, sociedades de derecho privado y un patrimonio autónomo.

1. Para continuar ahondando sobre este punto, la Sala se referirá a lo dicho en la jurisprudencia constitucional con respecto a la legitimación de las uniones temporales, su falta de personería jurídica, y si pueden tener, en cabeza suya, obligaciones y derechos.

1. En la Sentencia T-041 de 2019, la Corte Constitucional consideró que,

"(…) las uniones temporales no constituyen personas jurídicas sino una figura admitida para efectos de la contratación con el Estado, por medio de la cual se reúnen dos o más personas con el fin de presentar "una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente por el cumplimiento del objeto contratado". En ese orden, no pueden considerarse un sujeto moral diferente o independiente de los miembros que la integran, tampoco adquieren derechos u obligaciones en sí mismas, ni ostentan la capacidad para comparecer a los estrados judiciales. // Son las personas jurídicas o naturales que componen las uniones temporales quienes asumen las responsabilidades,

pero también participan de los beneficios que se deriven de la alianza. Por esta razón, la Corte ha precisado que en el caso de que una unión temporal deba concurrir a un proceso judicial en el extremo activo ora pasivo, la litis estará debidamente conformada solo si se han llamado al trámite cada uno de los unidos temporalmente, pues la representación conjunta funciona de manera exclusiva para la adjudicación, celebración y ejecución de los contratos estatales. (…) // Así pues, en este caso no es posible predicar la legitimación en la causa por pasiva de la Unión Temporal (…), pero sí de las sociedades que la integran arriba señaladas las cuales fueron debidamente llamadas al trámite de la acción de tutela.”41

1. En la Sentencia T-565 de 2006, la Corte se refirió a la integración del litisconsorcio necesario cuando las uniones temporales son requeridas judicialmente. Al respecto, citó a la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado en el Auto de 13 de diciembre de 200142 en el que ese Tribunal explicó que, si una unión temporal se ve obligada a comparecer a un proceso como demandante o demandada, “(…) cada uno de los integrantes debe hacerlo de manera individual integrando un litisconsorcio necesario.”43 La Corte Constitucional sostuvo, en línea con esta providencia, que cuando se pretende demandar a una unión temporal, el escrito debe dirigirse “(…) en contra de todos los miembros que la conforman y de los cuales se deriva la presunta responsabilidad legal. (…) de acuerdo con la ley procesal, las personas naturales o jurídicas que hacen parte de dicha unión temporal integrarán un litisconsorcio necesario por pasiva, en la medida en que las relaciones jurídicas sustanciales sobre las cuales debe pronunciarse la autoridad judicial no son susceptibles de ser fraccionadas o divididas respecto de los sujetos que la integran.”44 De esta forma, la falta de integración del contradictorio conduce a la nulidad del proceso, cuando sea necesario configurarlo.45

1. Es decir, de acuerdo con lo anterior, y sin perjuicio de lo establecido en el Contrato No. 12076-011-2017, (i) en todo caso, las uniones temporales no constituyen una persona jurídica distinta de las personas que las integran, (ii) su asociación se produce con el propósito de presentar una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, de forma que deben responder solidariamente por el cumplimiento del objeto

contratado; (iii) quienes tienen aptitud jurídica para responder por el cumplimiento de obligaciones o gozar de determinado derecho, son las personas jurídicas que hacen parte de las uniones temporales, por lo que son aquellas las que estarían legitimadas en la causa para demandar y ser demandadas en sede judicial, y (iv) cuando obre como demandante o demandada la unión temporal como un todo (en este caso, como se vio, se pide la emisión de órdenes únicamente con respecto a PROINSALUD S.A.), será menester integrar el litisconsorcio necesario incluyendo a los demás integrantes de la unión temporal.

1. A partir de todo lo dicho en esta sección sobre la legitimación en la causa por pasiva, la Sala tendrá en cuenta la organización y las relaciones entre el Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, la FIDUPREVISORA S.A., quien obra como vocera y administradora suya, la Unión Temporal Salud Sur 2, y la sociedad PROINSALUD S.A. al abordar el fondo del caso y a quién corresponde cumplir con las órdenes que se emitan en el presente fallo, de ser ese el caso.

1. Por ahora, dado que la accionante dirigió la acción de tutela en contra de PROINSALUD S.A., que es la sociedad a la que se encuentra afiliada como beneficiaria,46 y, por ello, es la entidad encargada de la prestación de los servicios de salud en su favor,47 la Sala debe tener por acreditado el cumplimiento del requisito de legitimación en la causa por pasiva.

Inmediatez

1. Con fundamento en el artículo 86 de Constitución, la acción de tutela puede ser presentada en “todo momento y lugar”. No obstante, la Corte aclaró, en la Sentencia SU-391 de 2016, que la tutela “(…) debe presentarse en un término razonable (después del acaecimiento del hecho vulnerador), y (…) que no existen reglas estrictas e inflexibles para la determinación de la razonabilidad del plazo, sino que es al juez de tutela a quien le corresponde evaluar, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto”, que estas condiciones se cumplan para poder tener por cumplido el requisito de inmediatez en la

presentación de la acción.48

1. Como se indicó, según consta en el documento denominado “Solicitud de remisiones por consulta externa” del 14 de julio de 2021, adjunto en el escrito de tutela, el señor Fabio Jesús Padilla Molineros, con registro médico No. 007354, estimó que la señora LAJJ requería del uso permanente de pañales.49 La Sala observa que fue con base en este concepto que el señor GAGJ, hijo de la señora LAJJ, reclamó a PROINSALUD S.A. la entrega de los pañales para su madre. Posteriormente, dada la negativa de esta entidad, el señor GAGJ decidió hacer uso de la acción de tutela el 21 de septiembre de 2021 para pedir el amparo de sus derechos fundamentales y el suministro mensual de 100 pañales desechables. Es decir, la tutela fue interpuesta no más de 2 meses y 6 días después de que el señor GAGJ obtuvo una respuesta negativa a su solicitud, -que configuraría la alegada conducta vulneradora de los derechos de la agenciada-. Por lo anterior, la Sala considera que este requisito se encuentra acreditado, pues la acción se elevó en un plazo razonable después que la señora LAJJ viera presuntamente vulnerados los derechos fundamentales que invocó su agente oficioso. Adicionalmente, la falta de suministro de los pañales desechables que la señora necesita de forma permanente de acuerdo con el concepto médico sería suficiente para tener por acreditado el cumplimiento del requisito de inmediatez.

1. En el inciso 1 del artículo 86 de la Constitución se dispuso que toda persona tendría acción de tutela para reclamar ante los jueces la protección de sus derechos constitucionales fundamentales. En el inciso 3 del mismo artículo se estableció que “Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.” Esta norma se desarrolla en el numeral 1 del artículo 6 del Decreto Ley 2591 de 1991, en el que se aclara que “La acción de tutela no procederá: // 1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla (sic) se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.”

1. En la Sentencia SU-508 de 2020, la Corte llevó a cabo un análisis de la utilización del mecanismo jurisdiccional dispuesto ante la Superintendencia Nacional de Salud para obtener, a través suyo, la solución de controversias relacionadas con la prestación de tecnologías y servicios de salud. Al hacerlo, recordó que, en principio, dicho mecanismo es el principal que tienen a mano las personas para resolver tales controversias, pues su solución se produce a través de un procedimiento informal, preferente y sumario, y que permite la adopción de medidas cautelares. Por ese motivo, la Corte estimó, no solo en la sentencia mencionada, sino también en la Sentencia SU-124 de 2018, que el procedimiento establecido ante la Superintendencia Nacional de Salud era idóneo y eficaz para garantizar los derechos de las personas. En consecuencia, "(…) la procedencia de la acción de tutela sería factible, (sic) solo cuando se requiera la protección urgente de los derechos fundamentales o concurran circunstancias particulares, (sic) que hagan imperativa la intervención del juez constitucional."

1. No obstante, en la misma Sentencia SU-508 de 2020, la Corte evaluó el alcance de la función jurisdiccional de la Superintendencia desde el punto de vista de: (i) los asuntos respecto de los cuales no tendría competencia, que la Corte identifica como vacíos normativos, (ii) el objeto de su función jurisdiccional, (iii) los tiempos de solución de las controversias puestas en su conocimiento, (iv) los requisitos para la interposición de acciones mediante agente oficioso, y (v) la capacidad logística y organizacional de la entidad a nivel regional.

1. Consideradas las anteriores cuestiones, en la sentencia en cita, la Corte concluyó que la Superintendencia de Salud tenía una capacidad limitada, pues, entre otras cosas: (i) solo tiene competencia para resolver controversias en las que se haya negado el acceso a servicios o tecnologías, y no en casos de omisiones o silencios por parte de alguna entidad, (ii) de acuerdo con un estudio incluido en la Sentencia T-403 de 2017, de 150 fallos adoptados por la Superintendencia que fueron analizados, el promedio de tiempo que tomó a dicha entidad proferir fallo fue de 271 días contados a partir de la fecha en la que se avocó

conocimiento del fallo, (iii) según lo observado en el Auto 668 de 2018, existe un retraso de entre 2 y 3 años en la solución de las controversias puestas en conocimiento de la Superintendencia, (iv) a los agentes oficiosos que promueven acciones ante la entidad se les pide prestar caución y ratificación, con la consecuencia de que, si no se cumple con estos requisitos, la actuación promovida se dé por terminada, mientras que no se exige lo mismo ni otros requisitos equivalentes en el trámite de la acción de tutela, y (v) la Superintendencia no cuenta con la capacidad para resolver, adecuadamente desde el punto de vista organizacional, las controversias que tienen lugar por fuera de Bogotá, y a nivel regional existe una dependencia considerable de los funcionarios que se encuentran en la capital.

1. Por esta razón, en la Sentencia SU-508 de 2020 la Sala Plena estimó que "(…) mientras persistan las dificultades para el ejercicio de dichas facultades [jurisdiccionales], el mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud no se entenderá como un medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los usuarios del Sistema de Seguridad Social en Salud y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para garantizar esos derechos." Sin embargo, la Corte también aclaró que incluso si tales dificultades se resolvían, la función jurisdiccional de la Superintendencia no desplazaría a la acción de tutela como mecanismo de solución de controversias y protección de derechos fundamentales en el ámbito de la prestación de servicios y tecnologías en salud. En efecto, para tener por cumplido el requisito de subsidiariedad sería menester verificar una serie de elementos: (i) revisar si la función jurisdiccional es idónea y eficaz, (ii) si el asunto tiene que ver con la omisión en la prestación de servicios y tecnologías en salud, caso en el cual la Superintendencia de Salud no tendría competencia, y (iii) la afectación de derechos de sujetos de especial protección constitucional.

1. Esto se acompasa con lo considerado por la Sala Plena de la Corte en la Sentencia SU-124 de 2018, en la que explicó que aunque el mecanismo jurisdiccional establecido ante la Superintendencia de Salud podría resultar siendo idóneo y eficaz para contener situaciones de amenaza o vulneración del derecho a la salud, los jueces debían analizar si la acción de tutela resultaría ser un mejor instrumento, dadas las condiciones de cada caso. En este

sentido, estimó que era obligación del juez constitucional "(…) verificar las particularidades que pueden tornar procedente la acción de tutela, entre las cuales se encuentran: (i) la calidad de sujetos de especial protección de quienes solicitan el amparo, (ii) la gravedad del riesgo para la salud o la vida digna de los afectados, y (iii) las condiciones de debilidad manifiesta de los solicitantes."50

1. En desarrollo de esta lista de particularidades, la Sala añadió que el amparo a través de la acción de tutela procedería, por ejemplo, cuando "a. Exista riesgo (para) la (sic) vida, la salud o la integridad de las personas, // b. Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional, // c. Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional, // d. Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad."51

1. En este caso, la acción de tutela fue interpuesta con el fin de pretender el amparo del derecho fundamental a la salud, en conexidad con el derecho fundamental a la vida y la vida en condiciones dignas de la señora LAJJ, un sujeto de especial protección constitucional, pues en ella se reúnen las siguientes condiciones: (i) al momento de presentar la acción de tutela contaba con 79 años, (ii) sufre de demencia en la enfermedad de Alzheimer, infección recurrente de las vías urinarias, incontinencia urinaria, (iii) depende de terceros para llevar a cabo las actividades cotidianas más básicas, y (iv) no cuenta con pensión ni con ningún otro ingreso, por lo que depende de la asistencia económica de sus familiares y allegados.52 La Sala Segunda de Revisión considera que, dadas las condiciones particulares de la señora LAJJ, así como el riesgo para su salud que implica la falta de solución en el tiempo de su pretensión encaminada a la entrega de los pañales que alega requerir, en este caso debe tenerse por cumplido el requisito de subsidiariedad, por lo que la acción de tutela resulta ser procedente, desde este punto de vista, como mecanismo definitivo de amparo.

1. Adicionalmente, la Sala Segunda de Revisión no puede dejar de tener en cuenta que, en la Sentencia SU-508 de 2020 ya citada, se establecieron unas reglas en relación con la posibilidad de pedir el suministro de pañales por conducto de la acción de tutela. La Sala profundizará en dichas reglas en el acápite dedicado a la exposición del marco teórico del problema jurídico.

1. Agotado el análisis de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, la Corte se ocupará ahora de plantear el problema jurídico que habrá de resolver, y formulará la correspondiente metodología de solución del caso.

B. Planteamiento del problema jurídico del caso y metodología de decisión

1. Para la Sala, en este caso se debe resolver el siguiente problema jurídico: ¿PROINSALUD S.A. vulneró los derechos a la vida digna y a la salud de la señora LAJJ al negarle el suministro de pañales desechables por encontrase excluidos expresamente del régimen especial del Magisterio?

1. Para resolver el anterior problema, la Sala Segunda de Revisión seguirá la siguiente metodología. En primer lugar, se referirá, brevemente, (i) al contenido de los derechos a la salud y a la vida digna, para luego explicar la relevancia del suministro de pañales en la garantía y protección de estos derechos. En segundo lugar, (ii) se ocupará de reseñar la inclusión del suministro de pañales en el Plan de Beneficios en Salud en los términos de la Sentencia SU-508 de 2020 de la Corte Constitucional y con base en la Ley Estatutaria 1751 de 2015. Por último, en tercer lugar, (iii) descenderá al caso concreto y hará un recuento de los hechos relevantes a la luz de las reglas establecidas en la jurisprudencia sobre el suministro de pañales a través de la acción de tutela. De esta forma, responderá al problema jurídico planteado y resolverá el caso concreto.

i. El suministro de pañales y los derechos a la vida digna y a la salud

1. El contenido y el alcance del derecho a la salud ha tenido diversas comprensiones en la jurisprudencia de la Corte Constitucional. Sin el ánimo de agotar la materia, la Sala (i) abordará algunos de los contornos del estado actual de desarrollo de este derecho, (ii) se referirá a la relación entre la salud y la vida digna, y (iii) explicará la relevancia del suministro de pañales en punto a la protección de estos derechos.

1. Según lo ha explicado la Corte en varias oportunidades, el derecho a la salud fue entendido inicialmente como uno de dos dimensiones: (i) la salud es el mantenimiento de la existencia biológica y (ii) consiste en hacer realidad el derecho a la existencia en condiciones dignas; es decir, que el ser humano cuente con las condiciones para desarrollar sus facultades según lo desee.53 Con respecto a esto último, en la Sentencia T-899 de 2002, la Corte entendió que tener una vida digna le permite a la persona "(…) desarrollarse en forma normal en sus actividades cotidianas."54 Así mismo, en la Sentencia T-617 de 2000 la Corte explicó que el derecho a la salud no era fundamental y derivaba su protección inmediata de su vínculo con el derecho a la vida. A partir de este enlace, indicó que el concepto de vida no está limitado "(…) a la idea restrictiva de peligro de muerte, que daría lugar al amparo de tutela solo en el evento de encontrarse el individuo a punto de fenecer o de perder una función orgánica de manera definitiva, sino que se consolida como un concepto más amplio a la simple y limitada posibilidad de existir o no, extendiéndose al objetivo de garantizar también una existencia en condiciones dignas."55 Por esta razón, no podría concebirse, de forma restrictiva, a la vida y su protección, pues ello conllevaría negar, de paso, el derecho de las personas a recuperarse y mejorar sus condiciones de vida y salud.

1. Posteriormente, con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, "por medio de la cual se reglamenta el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones", se le dio reconocimiento legal al carácter fundamental del derecho a la salud, el sistema del Plan Obligatorio en Salud se modificó y fue adoptado el Plan de Beneficios en Salud, en el que "El

legislador abandonó el modelo de inclusiones expresas, inclusiones implícitas y exclusiones explícitas, y propuso un sistema de exclusiones explícitas, donde todo aquel servicio o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido.”56 En el artículo 15 de dicha Ley Estatutaria se incluyó este sistema de exclusiones explícitas al separar dicha disposición en dos partes principales: la primera, destinada a establecer la garantía general del derecho a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías en salud, y, la segunda, dedicada a presentar los servicios y tecnologías excluidos de financiación con recursos públicos de la salud, los parámetros para fijar la lista de exclusiones, y las reglas sobre la acción de tutela.57

1. La Sala retomará, en el siguiente acápite, lo dicho por la Corte con respecto a las coberturas del Plan de Beneficios en Salud establecido en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en lo relacionado, en particular, con el suministro de pañales. No obstante, por lo pronto, profundizará en la relación entre los derechos a la salud y a la vida digna. En la Sentencia T-131 de 2015, la Corte Constitucional se refirió a cómo, aunque haya servicios o tecnologías que no puedan ser considerados como servicios médicos o no tengan una relación directa con la recuperación de la salud de los pacientes, cumplido el requisito de que sean necesarios, podrían ser autorizados con el fin de proteger los derechos a la salud y a la vida digna de las personas, pues, “Ha sido reconocido en forma insistente por parte de esta Corporación, que el suministro de pañales, sillas de ruedas, cremas o colchones anti-escaras, si bien no pueden ser concebidos stricto sensu como servicios médicos o que tienen una relación directa con la recuperación del estado de salud de los pacientes, se constituyen en elementos indispensables para preservar el goce de una vida en condiciones dignas y justas de quien los requiere con urgencia y, en este sentido, permiten el efectivo ejercicio de los demás derechos fundamentales.”58 (Subrayas fuera de texto).

1. La Corte también ha abordado esta cuestión desde la perspectiva del principio de integralidad en la prestación del servicio de salud al decir, en la Sentencia T-471 de 2018, que “El Sistema debe prever y concebir la prestación del servicio a través de tratamientos, medicamentos, elementos y/o insumos, con la tecnología que sea necesaria, para restablecer

o conservar el estado de bienestar de las personas que por causa de enfermedades se ha disminuido o alterado, o paliar los síntomas de éstas, pues solo así se podrá garantizar a las personas el derecho a la salud y permitirle, con las limitaciones que producen los padecimientos, el disfrute de una vida digna." (Subrayas fuera de texto). En esta misma providencia, la Corte se refirió al caso de los adultos mayores, y explicó que gozaban de una protección reforzada en punto a la garantía del derecho a la salud, pues se trata de "(…) sujetos que se encuentran en condiciones de desventaja con relación a los demás, en virtud de su estado de vulnerabilidad, por razón de la edad, luego se hace necesario proteger el derecho en forma prevalente para, con base en la diferenciación, hacer efectivo el principio de igualdad como presupuesto constitucional."59

1. La relación entre los derechos a la salud y a la vida digna ha justificado, en diversas ocasiones, como se vio, la entrega de insumos o medicamentos, por ejemplo, aunque no estén incluidos en el plan de salud, con el objetivo de ofrecerle a la persona las condiciones de vida necesarias para el desarrollo de sus facultades, incluso si su concesión no está orientada, de forma estricta y directa, a la recuperación de su salud. Con estas premisas, la Sala se referirá, en específico, a cómo la jurisprudencia constitucional ha entendido el suministro de pañales en lo que tiene que ver con la protección de los derechos a la salud y a la vida digna.

1. En la Sentencia T-752 de 2012, la Corte hizo un recuento de una variedad de casos (desde la Sentencia T-565 de 1999 hasta la Sentencia T-320 de 2011) en los que la Corporación decidió hacer entrega de pañales desechables a pesar de no estar incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, ni en el régimen subsidiado ni en el contributivo, con fundamento en que la falta de suministro de dichos insumos vulnera o amenaza el goce del derecho a la salud, pues hay especiales circunstancias en las que garantizar la vida digna de la persona depende de su entrega.60 61

1. En la Sentencia T-589 de 2014, la Corte atiende al criterio de necesidad a pesar de que los

insumos pedidos por la parte accionante no fueran medicamentos ni estuvieran incluidos en el Plan Obligatorio de Salud de la época: “En lo relacionado con el suministro de pañales y elementos esenciales para tener una vida en condiciones dignas, esta Corporación ha indicado además, que en aras de la protección y la garantía efectiva del derecho a la salud de aquellas personas que lo requieren con necesidad para mantener su integridad personal y una vida en condiciones dignas y justas, precisen del suministro de elementos, que aunque no sean medicamentos, aparezcan como esenciales para tener una vida en condiciones dignas, deberán proveérsele por parte de la EPS que le brinda el servicio de salud, aunque tales servicios no se encuentren incluidos en el POS.”62 (Subrayas fuera de texto).

1. En la Sentencia T-056 de 2015, el Alto Tribunal sostuvo esta misma postura y explicó que, dado el principio de integralidad, el derecho a la salud tenía varias facetas, incluyendo la preventiva, la reparadora y la mitigadora. De esta forma, su garantía implicaba prestaciones en diferentes momentos: de forma “: i) preventiva, para evitar la producción de la enfermedad interviniendo las causas de ella, ii) curativa que requiere suministrar las atenciones necesarias para que el paciente logre la cura de la patología que padece, y iii) mitigadora que se dirige a paliar las dolencias físicas o psicológicas que ocurren por los efectos negativos de la enfermedad, en tanto además de auxilios fisiológicos debe procurarse las condiciones de bienestar en ámbitos emocionales y psicológicos.” (Subrayas fuera de texto).

1. Como parte de la dimensión mitigadora del derecho a la salud, el suministro de pañales se erigiría como una forma de proteger ese derecho, incluso si no está orientado a prevenir o curar determinada enfermedad. En uno de los casos abordados en la Sentencia de 2015 recién mencionada, la Corte razonó que, cumplido el requisito de necesidad, “(…) no puede exigirse orden médica para el suministro de pañales cuando de las condiciones médicas se desprende con claridad la necesidad de dichos insumos, por cuanto en este caso la accionante es una persona de 97 años, a quien no puede indicarse, como lo hace el Juzgado, que debe tramitar la solicitud de orden médica, posterior autorización y luego una nueva tutela para obtener los pañales desechables que reclama. Pues no sólo se trata de su

avanzada edad, pero además, la tutelante ha perdido el 80% de su visión, no puede caminar, sufre de incontinencia urinaria y se encuentra afectada por Alzheimer y Parkinson, circunstancias que ponen en evidencia que la señora (…) necesita para su uso cotidiano de pañales.”63 (Subrayas fuera de texto).

1. Por último, en la Sentencia SU-508 de 2020, esta Corporación explicó la relevancia, para la protección del derecho a la salud en relación con la vida digna, del suministro de pañales, incluso si no tienen un efecto sanador, en los siguientes términos:

“170. 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 // 171. La Corte Constitucional ha reconocido además que, si bien los pañales no proporcionan un efecto sanador de las enfermedades de los pacientes, aquellos 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.”64 (Subrayas fuera de texto).

1. Desde el punto de vista médico, en esta misma Sentencia de 2020, la Sala explicó que, aunque los pañales, los pañitos húmedos, y las cremas anti-escaras, entre otros servicios y tecnologías, no curaban las enfermedades, “(…) 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, e infecciones urinarias, como lo expusieron las universidades intervinientes en el proceso, Andes, Nacional de Colombia, de la Sabana, del Bosque y de Antioquia.”65

1. De lo dicho en este acápite, se desprende, entre otras cosas, que (i) en la actualidad, la salud es un derecho fundamental autónomo cuya protección puede ser exigida judicialmente, independientemente de su contenido prestacional según sea el caso, (ii) la Corte Constitucional ha reconocido que el derecho a la salud incluye una faceta que va más allá de la prevención y la curación de las enfermedades, y que está orientada a procurar, en favor de la persona, el goce de unas condiciones que le permitan vivir de forma digna, (iii) con independencia del momento de evolución de la jurisprudencia constitucional, la Corte ha evidenciado que el uso de pañales les permite, a las personas que sufren de incontinencia, reducir la incomodidad e intranquilidad que les puede generar el hecho de no poder controlar cuándo y dónde hacer sus necesidades, y, en ese sentido, su suministro, de acuerdo con la normatividad vigente y el estado de la jurisprudencia, resulta ser un instrumento para garantizar la salud de los pacientes y que vivan su vida en condiciones de dignidad.

1. Dicho lo anterior, la Sala se ocupará de revisar la inclusión del suministro de pañales en el Plan de Beneficios de Salud que rige actualmente, en los términos de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la Sentencia SU-508 de 2020.

i. El suministro de pañales en el Plan de Beneficios en Salud (PBS)

1. La Sala revivirá el recorrido hecho por la Corte en la Sentencia de unificación de viene de mencionarse, en la que, entre otras cosas, se analizó si los pañales hacían parte del Plan de Beneficios en Salud. Para ese efecto, (i) recordará algunos fallos en los que se consideró que el suministro de pañales se encontraba excluido de dicho Plan,66 (ii) señalará el proceso que llevó a la conclusión de que los pañales son tecnologías en salud incluidos en el Plan de Beneficios en Salud en concordancia con la Ley Estatutaria 1751 de 2015, (iii) expondrá las subreglas establecidas en dicha Sentencia para ordenar el suministro de pañales por vía de tutela, y (iv) explicará por qué el sistema de exclusiones explícitas adoptado en la Ley 1751 de 2015 y desarrollado, entre otras, en la Sentencia SU-508 de 2020, es aplicable a los afiliados al régimen exceptuado del Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

1. En la Sentencia T-215 de 2018, por ejemplo, la Corte concluyó que el suministro de pañales no debía ordenarse en el caso concreto con base en el criterio de capacidad económica, estimando así que dicha tecnología se encontraba excluida del Plan de Beneficios en Salud establecido en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, en los siguientes términos: "Se considera que la Nueva EPS no ha vulnerado los derechos fundamentales del actor, porque no existe un concepto médico, la historia clínica no refleja un hecho notorio que permita determinar la necesidad de uso de pañales, pañitos húmedos y crema antipañalitis, y hay una presunción de capacidad económica, porque tanto el actor como la agente oficiosa perciben una pensión."67

1. De igual forma, en la Sentencia T-117 de 2019, la Corte consideró que el suministro de pañales se encontraba excluido del Plan de Beneficios en Salud con base en el siguiente razonamiento:

"Frente a los casos estudiados, es preciso destacar que el ítem No. 57 del anexo técnico de la Resolución 244 de 2019, cumpliendo con el proceso técnico-científico, de carácter público, colectivo, participativo y transparente, calificó como prestaciones expresamente excluidas del PBS: "Las toallas higiénicas, los pañitos húmedos, el papel higiénico y los insumos de aseo"; éste término, en el sentir de la Sala, debe interpretarse en el sentido natural y obvio de las palabras, y por tanto, debe incluir a los pañales desechables y a los guantes para cambio de pañal que no se ordenan propiamente para el paciente sino para un tercero. // (…) en otra normativa muy a fin al sector salud, tal es el caso del anexo 1º de la Decisión 706 de 2008, que ubica a los pañales desechables como un producto de higiene personal -sinónimo de insumo de aseo- en el mismo grupo en que se encuentran las toallas higiénicas, los tampones, los protectores de flujos íntimos y los pañitos húmedos; y por otro lado la regulación del INVIMA -autoridad que hace parte del Sistema de Salud-, que al establecer las tarifas de los productos sujetos a registro sanitario, otorga el mismo código (3010) a los pañales desechables, toallas higiénicas, protectores sanitarios, tampones, protectores para lactancia y pañitos húmedos. Así pues, bajo un análisis sistemático, se considera, en efecto,

que los pañales desechables se encuentran expresamente excluidos del PBS.”68 (Subrayas fuera de texto).

1. En este respecto, la Sala Plena, en la Sentencia SU-508 de 2020, advirtió que la lectura de la Ley Estatutaria que se hizo en sentencias como la recién citada era contraria a lo establecido en el Sentencia C-313 de 2014, en la cual se indicó que “(…) la exclusión de servicios y tecnologías del plan de beneficios en salud debe hacerse de manera expresa, clara y determinada, a fin de evitar actuaciones arbitrarias por parte de los responsables de la prestación o suministro de dichos servicios y tecnologías, así como de procurar una protección integral de los usuarios del servicio de salud”,69 por lo que no estarían autorizadas interpretaciones de la norma que, de forma extensiva, y no por existir una indicación expresa al respecto, resulten en la exclusión de determinados servicios o tecnologías; es decir, en este caso, los pañales desechables.

1. En consideración de lo anterior, y hecha una interpretación conjunta de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, la Resolución 244 de 2019, en la que se establece el listado de exclusiones vigente a la fecha de expedición de la Sentencia SU-508 de 2020, y lo dicho por la Corte en la Sentencia C-313 de 2014 recién mencionada, la Sala Plena llegó a la conclusión de que los pañales son tecnologías incluidas de forma implícita en el Plan de Beneficios en Salud, con base en el siguiente razonamiento:

“(…) al revisar los resultados del mecanismo técnico científico dirigido por el Ministerio de Salud para la configuración listado de exclusiones en cumplimiento del artículo 15 de la LeS, se evidencia que en la fase III (consulta pacientes) se concluyó que los pañales deberían costearse con financiación estatal; mientras que, en la fase IV (adopción y publicación de las decisiones), se determinó que los pañales se encontraban dentro de las catorce (14) tecnologías no excluidas para todas las enfermedades y, por tanto, “se opta por generar un protocolo para su prescripción que permita a las personas vulnerables acceder a este producto”. // En consecuencia, se advierte que el suministro de pañales debe establecerse de conformidad con el modelo de plan de beneficios excluyente adoptado en la Ley y cuya constitucionalidad fue declarada en la sentencia C-313 de 2014. De tal forma, analizado el

listado de exclusiones vigente -Resolución 244 de 2019- la Sala Plena observa que en ningún aparte de dicha normativa se encuentra expresamente excluido el suministro de pañales. (…) Esta interpretación está en armonía con el artículo 6 literal g) de la Ley 1751 de 2015 que establece el principio de progresividad del derecho a la salud, es decir, que el acceso a los servicios y tecnologías se amplía gradual y continuamente.”70 (Subrayas fuera de texto).

1. La aplicación, al régimen de excepción del Magisterio, de los estándares de salud establecidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 (LeS) y posteriormente desarrollados en la jurisprudencia constitucional, y, en especial, en las Sentencias C-313 de 2014 y SU-508 de 2020, se acompasa de forma especial al principio de integralidad dispuesto en el artículo 8 de dicha Ley, en el que se determinó que:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario.

En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.” (énfasis propio)

1. Es decir, la LeS establece que la eficacia del desarrollo (constitucional, legal, y jurisprudencial) del cubrimiento del derecho a la salud en sus diversos servicios y tecnologías no puede estar supeditada, entre otras cosas, al sistema de provisión, cubrimiento o financiación que el legislador haya escogido. En ese sentido, la provisión de dichas protecciones debe ser completa en todos los ámbitos, incluyendo al régimen de salud establecido para el magisterio, y está sometida, al menos, al seguimiento de tres criterios: (i) en los términos del numeral 7 del acápite sobre obligaciones del contratista específicas del sistema de salud, el “(…) contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios

establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta, (ii) de acuerdo con el inciso 2 del artículo 8 que viene de citarse, cuando haya duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que su cubrimiento debe incluir los elementos esenciales necesarios para el logro de su objetivo médico, y (iii) de acuerdo con, entre otros, el párrafo 176 de la Sentencia SU-508 de 2020, todos aquellos servicios y tecnologías que no se encuentren expresamente excluidos del plan de salud fijado en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, se entienden incluidos y deben ser garantizados en las condiciones y en cumplimiento de los requisitos que se establezcan.

1. El modelo de inclusión de tecnologías y servicios en salud se basa en las modificaciones llevadas a cabo al sistema de salud en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la Sentencia C-313 de 2014, que se han mencionado en varias ocasiones en este fallo. Al respecto, en el Auto 094A de 2020, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 recordó que: (i) el régimen anterior, que se encontraba en vigencia en el momento en el que se expidió la Sentencia T-760 de 2008, en el que se establecían de forma clara las tecnologías incluidas, no incluidas y excluidas, se había transformado para señalar de forma explícita los servicios y tecnologías explícitamente excluidos del Plan de Beneficios en Salud, y (ii) el sistema de exclusiones debe ser gestionado y desarrollado con el fin de que no exista ambigüedad o incertidumbre con respecto a su contenido. En este sentido, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 agregó en dicho Auto que: “(i) El PBS se actualizó bajo los parámetros de la Ley Estatutaria en salud y la sentencia C-313 de 2014, de forma tal que su contenido no se preste a incertidumbres y ambigüedades. // (ii) el proceso de actualización brinde garantías a las personas que residen y trabajan en sitios intermedios, apartados y zonas con difícil acceso a las tecnologías de la información, (iii) exista claridad acerca de los servicios y tecnologías que hagan parte del plan de beneficios con independencia de la forma como se encuentren financiados, y (iv) la actualización periódica de los planes de beneficios se realice mínimo cada dos años.”71

1. La actualización constante de los servicios y tecnologías que, además, como se dijo, debe observarse independientemente del sistema de cubrimiento o financiación, obedece también a los principios de eficiencia y sostenibilidad. De acuerdo con el Auto 755 de 2021 adoptado por la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 se deben seguir la siguiente finalidad:

"Con el nuevo esquema de coberturas del plan de beneficios, en el que el usuario del sistema tiene la posibilidad de recibir todos los servicios y tecnologías en salud salvo que expresamente sean excluidos; no actualizar periódicamente los planes conllevaría a un desconocimiento de los principios de eficiencia y sostenibilidad. Lo anterior por cuanto, los dineros de la salud se estarían empleando en tecnologías que no deberían ser financiadas con tales recursos y, de esta manera, no se está procurando por la mejor utilización de los emolumentos de la salud; lo cual, es indispensable para garantizar el derecho a esta prerrogativa fundamental. Por lo tanto, la falta de actualización periódica de los medicamentos y procedimientos excluidos de financiación con recursos públicos de la salud tendría efectos adversos en la sostenibilidad financiera del sistema. // En este contexto la falta de actualización periódica bajo un sistema de exclusiones explicita sería una fuente de ineficiencia del sistema y un obstáculo para alcanzar la cobertura universal en salud, tal como lo señaló la Organización Panamericana de la Salud, al indicar que "La falta de financiamiento adecuado y la ineficiencia en el uso de los recursos disponibles representan retos importantes en el avance hacia el acceso universal a la salud y la cobertura universal de salud."72

1. En los párrafos anteriores, la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 aclaró que la protección del derecho a la salud que se establece en la LeS no puede depender del sistema escogido legislativamente para la provisión de servicios y tecnologías ni del mecanismo de financiación elegido. Bajo esa misma lógica, en el presente caso, la Sala Segunda de Revisión se encuentra ante un régimen de salud distinto al general, esto es, el aplicable a las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG). Esto no implica que los cotizantes o beneficiarios del FOMAG tengan menos derechos que los reconocidos a los del sistema general en salud. Es así, como en ocasiones anteriores, la Corte Constitucional ya se ha pronunciado con respecto al amparo del derecho

a la salud y la consecuente concesión de tecnologías y servicios excluidos de los planes de salud que rigen a las instituciones de salud encargadas de la atención de los afiliados de dicho Fondo.

1. En casos previos, la Corte decidió inaplicar las reglas incluidas en los contratos o actos que regían la prestación del servicio con base en una variedad de razones dependiendo de la configuración y organización del sistema de seguridad social en salud en cada época. Así, por ejemplo, en la Sentencia T-592 de 2007, esta Corporación estimó que, aunque el régimen aplicable al magisterio era excepcional de acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, ello no lo hacía ajeno a los principios y valores que se establecen en la Constitución con respecto a la protección del derecho a la salud.73 Al respecto, la Sala estimó que "(…) si bien el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio cuenta con un catálogo de servicios propio, la extensión de su cobertura puede ser analizada a la luz de la jurisprudencia constitucional sobre la inaplicación del régimen de exclusiones y limitaciones del plan obligatorio de salud."74 En la Sentencia recién mencionada la Sala concluyó, con base en esta regla, que la entidad de salud accionada no podía desconocer la obligación de suministrar el medicamento que requería la accionante con base en que este se encontraba por fuera del plan de cobertura del Fondo del magisterio.

1. Posteriormente, en la Sentencia T-644 de 2010, la Corte recordó que la ley había reconocido otros regímenes en salud, incluyendo el aplicable a los afiliados al Fondo del magisterio, cuyo contenido se determina a nivel departamental en el contrato que se suscriba entre una entidad fiduciaria y la empresa a la que corresponda la atención de los usuarios del sistema. En esa ocasión, el fundamento que la Corte aplicó para justificar la concesión a través de la acción de tutela de tecnologías o servicios incluidos o no, tanto en el plan de salud exceptuado aplicable al magisterio como en el plan general, fue la determinación de la concurrencia de dos condiciones: la necesidad de determinada prestación en salud, como un medicamento o la realización de un procedimiento, por ejemplo, y la falta de capacidad económica de la persona accionante. De esta forma, si se acreditan dichas condiciones, "(…) es deber del prestador de salud extender

excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.”75

1. El anterior razonamiento fue reiterado en la Sentencia T-547 de 2014 y la Sentencia T-245 de 2020. En este último caso, antes de pasar a la aplicación de las reglas jurisprudenciales recién indicadas, la Corte señaló que “La jurisprudencia constitucional ha considerado que para los casos del régimen especial del Magisterio es posible aplicar reglas similares a las que se han establecido para el [Sistema General de Seguridad Social en Salud]. En el caso de las exclusiones que prevé el régimen especial del Magisterio, esta Corte ha aplicado las mismas reglas jurisprudenciales que se han desarrollado en el sistema general, con el fin de definir los casos en los que es posible inaplicar la regla de la exclusión.”76 Es decir, independientemente de que se trate del régimen general o de regímenes exceptuados, la Corte ha venido ordenando, según los hechos de cada caso, la prestación de tecnologías y servicios si se acredita el cumplimiento de los parámetros jurisprudenciales aplicables -de acuerdo con el estado de evolución de la jurisprudencia- para inaplicar las reglas de exclusión existentes.

1. En consideración de lo anterior, la Sala Segunda de Revisión observa, a efectos de descender al caso concreto, que el desarrollo de la protección del derecho a la salud que tuvo lugar en la Sentencia SU-508 de 2020 no puede entenderse al margen de, al menos, dos disposiciones de la LeS en las que se regula: (i) su ámbito de aplicación (artículo 3) y (ii) el sistema de exclusiones (artículo 15). En aquella disposición se estableció que dicha Ley se aplicaría “(…) a todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud.”

1. A su turno, en el artículo 15 se estructuró el sistema de inclusiones que aplicó la Corte Constitucional en la Sentencia SU-508 de 2020 antes mencionada y que obedece a la lógica de que todo aquello que no esté explícitamente excluido del plan de salud se entiende

incluido en él. De esta manera, las conclusiones a las que llegue la Corte con respecto a la inclusión o no, dada la aplicación de la regla recién mencionada, de determinados servicios o tecnologías, serán aplicables a todos los regímenes, independientemente de que se encuentren exceptuados. Los mecanismos escogidos para garantizar la cobertura y financiación de la prestación del servicio de salud no pueden exponer a los usuarios del sistema a situaciones de protección incompleta o deficiente de sus derechos, especialmente si por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha zanjado cualquier duda con respecto a la inclusión de determinada tecnología, como los pañales, en el plan de salud. Por ello, corresponde a las entidades observar estas reglas con el fin de actualizar las listas de exclusiones a efectos de proteger y garantizar los derechos de sus afiliados.

1. Dicho lo anterior, la Sala se dedicará, ahora, a recordar las subreglas fijadas en los párrafos 177 a 180 de la Sentencia SU-508 de 2020, establecidas a efectos de poder conceder, por vía de tutela, el suministro de pañales. Tales reglas son las siguientes: (i) por medio de la acción de tutela se debe ordenar directamente el suministro de pañales si existe prescripción médica, pues los pañales se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud, y la negación de cualquier tecnología que esté incluida a pesar de mediar orden médica constituye una vulneración al derecho a la salud (FJ 177), (ii) aunque no haya prescripción médica, los jueces pueden ordenar, de forma excepcional, a través de la acción de tutela, el suministro de pañales siempre y cuando se cumplan unos requisitos que tienen que ver con la evidencia de la necesidad del uso de tales insumos dada la falta de control de esfínteres; en este caso, la orden de suministro deberá estar condicionada a la posterior ratificación de su necesidad por el médico tratante (FJ 178), y (iii) "(…) ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico." (FJ 179) En cualquiera de estas hipótesis, bajo el imperio de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, no solo no es exigible el requisito de capacidad económica como criterio para decidir sobre el suministro de pañales, sino que hacerlo sería contrario a dicha Ley, pues esa tecnología se encuentra incluida, como ya lo ha dicho la Sala algunas veces, en el Plan de Beneficios en Salud que rige actualmente.

i. Caso concreto

1. A efectos de resolver el caso concreto, la Sala responderá al problema jurídico, indicará la subregla jurisprudencial en la que subsumirá los hechos relevantes del presente caso, la aplicará y resolverá el fondo del asunto, teniendo en cuenta lo dicho en la sección dedicada al análisis de la legitimación en la causa por pasiva con respecto a la distribución de funciones y obligaciones entre las sociedades que integran la Unión Temporal Salud Sur 2 y el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, cuya vocera y administradora es la FIDUPREVISORA S.A.

1. La Sala Segunda de Revisión considera que PROINSALUD S.A. vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la señora LAJJ al negarle la entrega de los pañales desechables que requería, según el criterio del médico tratante de su red77 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. Además, se destaca que en ese mismo contrato, en el numeral 7 de la sección sobre obligaciones específicas del sistema de salud se estableció que "El contratista tiene la obligación de prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta",78 sin que dicha prestación se haya actualizado de conformidad con la evolución legal que concluyó con la expedición de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y el desarrollo de la jurisprudencia constitucional a partir de la Sentencia SU-508 de 2020. Esto con fundamento en que (i) los pañales hacen parte del Plan de Beneficios en Salud, sin perjuicio de que el Magisterio cuente con un régimen exceptuado, y de que (ii) los médicos adscritos a PROINSALUD S.A. no debieron negarse a expedir la prescripción médica correspondiente, que le hubiera permitido a la paciente acceder directamente a los pañales que necesita de forma permanente o por lo menos mientras lo requiera.

1. En efecto, al no atenderse a la determinación de su necesidad, PROINSALUD S.A. sometió

a la señora LAJJ a unas condiciones de vida que, dado que sufre de demencia en la enfermedad de Alzheimer, incontinencia urinaria, infecciones urinarias recurrentes, y depende de terceros para la realización de las tareas más básicas, no le permiten disfrutar de su derecho a la salud como lo requiere la jurisprudencia constitucional. Como se dijo, este derecho no puede ser entendido únicamente en el sentido de contar con unas condiciones básicas para garantizar la mera existencia de la persona, sino que ha sido entendido de forma que, a través de su garantía, se pretende alcanzar el nivel más alto posible de salud, dada su relevancia constitucional autónoma, y, en relación con el derecho a la vida, porque, aunque a través del suministro de tecnologías como los pañales no se pueda lograr la curación, por ejemplo, de la incontinencia urinaria de la paciente, su provisión le permitiría vivir de una forma más digna, al procurarle mayor tranquilidad y comodidad en el manejo de sus afecciones.

1. Según se mencionó en el acápite anterior, en la Sentencia SU-508 de 2020, la Sala Plena consideró que, de forma excepcional, puede ordenarse el suministro de pañales por vía de tutela, aunque no medie prescripción médica, si se cumplen unos requisitos particulares. En esa ocasión, la Sala estimó que los jueces constitucionales pueden ordenar el suministro de pañales cuando, "(…) a partir de la historia clínica u otras pruebas se evidencie 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."79

1. Como se indicó en el relato de los antecedentes de este expediente, la señora LAJJ es una persona que, al tiempo de presentación de la acción de tutela por su hijo, quien obró como su agente oficioso, contaba con 79 años. De igual forma, se mencionó que, según la historia clínica aportada, y el documento de solicitud de remisiones remitido,80 la accionante sufre de varias enfermedades que la ubican en la hipótesis formulada en el párrafo anterior, pues dichas pruebas evidencian, con fundamento, además, en el criterio del médico tratante Fabio Jesús Padilla Molineros, que la paciente "desde hace 6 meses con uso de pañal permanente. Paciente requiere de este insumo. Se solicita urocultivo y se remite a control por urología". Esta necesidad debe comprobarse, principalmente, con base en que la señora LAJJ fue

diagnosticada con incontinencia e infecciones urinarias recurrentes y fue remitida a control, sin que a la fecha, se tenga noticia de su evolución. No obstante, no solamente sufre de estas afecciones, sino que también se le encontró demencia en la enfermedad de Alzheimer. Dada su edad y sus condiciones de salud generales, se trata de una persona que, según lo indica su hijo, el señor GAGJ, requiere de terceros para la realización de las actividades cotidianas más básicas.

1. Por estas razones, la Sala ordenará que se determine si se mantiene la necesidad del suministro de pañales en favor de la señora LAJJ a pesar de que no media prescripción médica expresa en cuanto a su cantidad y frecuencia, y, en los términos del párrafo 179 de la Sentencia SU-508 de 2020, someterá esta orden al diagnóstico del médico tratante.81 Si bien es cierto que el Alzheimer es una enfermedad degenerativa, progresiva e incurable, se desconoce el estado actual de la patología en la señora LAJJ. Adicionalmente, no existe claridad en el expediente con respecto a si la necesidad del suministro de los pañales se deriva de que sufra de dicha enfermedad, o de infección e incontinencia urinarias. Por ello, es necesario el concepto técnico que confirme la necesidad del suministro de pañales, y su cantidad.

1. Una vez este diagnóstico se produzca en un plazo no superior a 48 horas después de notificada esta sentencia, en el evento de comprobarse que permanece la necesidad del insumo, PROINSALUD S.A. deberá hacer entrega inmediata de los pañales requeridos por la señora LAJJ según lo disponga su médico tratante.

1. Finalmente, la Sala ordenará a PROINSALUD S.A., al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la FIDUPREVISORA S.A.,82 que actualicen la exclusión sobre pañales prevista en el Anexo 1 del Contrato No. 12076-011-201783 de acuerdo con la normatividad y jurisprudencia vigente, y (ii) dado que los pañales se encuentran incluidos en el Plan de Beneficios en Salud de acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la jurisprudencia constitucional vigente,84 el suministro de estos insumos no debería ser

entendido como la prestación de una tecnología que se encuentre excluida de financiación con recursos públicos de la salud que deben garantizar las instituciones prestadoras del servicio. Esto, en razón a que no se puede alegar que, por tratarse de un régimen especial en materia de salud, es constitucional y legalmente admisible ofrecer una cobertura inferior a la prestada a los afiliados del régimen general en salud.

D. Síntesis de la decisión

1. En este caso, a la Sala Segunda de Revisión le correspondió la revisión de la tutela promovida por la señora LAJJ, por conducto de su hijo, GAGJ, en calidad de agente oficioso. La Sala se planteó si PROINSALUD S.A. vulneró los derechos a la vida digna y a la salud de la agenciada al negarle el suministro de pañales desechables por encontrase expresamente excluidos del régimen especial del Magisterio.

1. En respuesta a lo anterior, la Sala encontró que PROINSALUD S.A, que hace parte de la Unión Temporal Salud Sur 2, y como tal, vulneró los derechos a la salud y a la vida digna de la señora LAJJ, pues, al no actualizar la exclusión de pañales de conformidad a la legislación y jurisprudencia vigente en materia de salud, se negó a diagnosticar si se mantenía la necesidad del uso de pañales y de ser así, de hacer entrega de dicho insumo de acuerdo con el Plan de Beneficios en Salud. En especial, a partir de lo establecido en la Sentencia SU-508 de 2020 y la Sala Especial de Seguimiento a la Sentencia T-760 de 2008 de la Corte Constitucional. No obstante, en línea con el análisis hecho en el acápite de legitimación en la causa por pasiva, la Sala aclara que ninguna de las órdenes que emitirá en este sentido alcanzan a las otras dos sociedades que integran la Unión Temporal Salud Sur 2, a saber, FAMAC Ltda. y UNIMAP E.U.

1. En consecuencia, la Corte concluyó que debía revocar el fallo adoptado en única instancia el 4 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con Funciones de Conocimiento, por medio del cual se negó el amparo. Y en su lugar, tutelar los derechos

invocados por la accionante sin perjuicio de ordenar a las entidades implicadas actualizar su listado de exclusiones.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

SEGUNDO. ORDENAR a PROINSALUD S.A., al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y a la FIDUPREVISORA S.A. que actualicen el listado de exclusiones en materia de pañales de acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la Sentencia SU-508 de 2020.

TERCERO. Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, LIBRAR las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE ENRIQUE IBÁÑEZ NAJAR

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con aclaración de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 El expediente fue repartido para ser sustanciado con ponencia del magistrado Jorge

Enrique Ibáñez Najar mediante sorteo, según consta en el Auto de 18 de marzo de 2022 de la Sala Tercera de Selección de Tutelas (p. 19 y 20).

2 Mediante Auto de 18 de marzo de 2022, la Sala Tercera de Selección de Tutelas, integrada por las magistradas Cristina Pardo Schlesinger y Diana Fajardo Rivera, seleccionó este expediente por considerar que en él se pudo haber producido el desconocimiento de un precedente de la Corte Constitucional, como criterio objetivo de selección, y que existía la urgencia de proteger un derecho fundamental, como criterio subjetivo de selección, establecidos ambos en el artículo 52 del Acuerdo 02 de 2015, Reglamento Interno de la Corte Constitucional (p. 16).

3 Expediente T-8.579.334: “5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf”, p. 3

4 Expediente T-8.579.334: “1. ACTA DE REPARTO.pdf”

5 Expediente T-8.579.334: “ACCION DE TUTELA 2021-00242.pdf”, p. 2.

6 A la fecha de interposición de la acción de tutela contaba con 79 años.

7 Expediente T-8.579.334: “ACCION DE TUTELA 2021-00242.pdf”, p. 11. En el escrito de tutela se adjuntó la cédula de ciudadanía de la señora LAJJ. A partir suyo puede evidenciarse que el 26 de abril de 2022 cumplió 80 años.

9 Ibid., p. 13.

10 Ibid., p. 2.

11 Ibid., p. 2 y 3.

12 Expediente T-8.579.334: “5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf”, p. 2 y 3.

13 De acuerdo con la conversación sostenida con la señora RG, hija de la señora LAJJ, a las 11:45 de la mañana del 23 de mayo de 2022.

14 Ibid., p. 3.

15 Ibid., p. 3 a 9.

16 Expediente T-8.579.334: “6. FALLO DE TUTELA 2021 – 00242.pdf”, p. 1.

17 Expediente T-8.579.334: “5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf”, p. 3

18 El Magisterio cuenta con un régimen especial, enmarcado en la Ley 91 de 1989, Ley 115 de 1994 y demás disposiciones legales que las complementan y desarrollan, para el sistema general de seguridad social integral, ajeno a la Ley 100 de 1993, razón ésta para no aplicar lo relacionado con los ítems de las normas complementarias y las del acuerdo 260 del 2004 de la CNSSS.

19 Ibid., p. 1 a 4.

20 Expediente T-8.579.334: “4. RESPUESTA FIDUPREVISORA.pdf”, p. 1 a 6.

21 Expediente T-8.579.334: “6. FALLO DE TUTELA 2021 – 00242.pdf”, p. 3.

22 Expediente T-8.579.334: “6. FALLO DE TUTELA 2021 – 00242.pdf”.

23 Ibid., p. 10. Los requisitos enunciados por el Juzgado son los siguientes: “(i) que la falta del servicio médico vulnere o amenace los derechos a la vida y a la integridad personal; (ii) que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que el interesado no pueda costearlo; y (iv) que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo.”

24 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-055 de 2015.

25 Supra 2 y 3.

26 Expediente T-8.579.334: “ACCION DE TUTELA 2021-00242.pdf”, p. 13 y 14.

27 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-134 de 1994.

28 Expediente T-8.579.334: “5.3. CÁMARA DE COMERCIO actualizadas.pdf”. PROINSALUD (2022). Historia. URL: https://www.proinsalud.co/historia.php

Inicialmente, la compañía fue registrada como sociedad comercial en la Cámara de Comercio

de Pasto, Nariño, el 22 de octubre de 1992, bajo la Matrícula Mercantil No. 037307-2, con la denominación Sociedad Profesionales de la Salud Limitada – PROSALUD Ltda. En el año 2003, el nombre de la sociedad cambió a PROINSALUD Ltda., y, en 2006, mudó a su nombre actual, Profesionales de la Salud S.A. – PROINSALUD S.A., transformándose en sociedad anónima mediante escritura pública No. 6099 de 17 de octubre de 2006, de la Notaría 4 de Pasto, Nariño.

29 Expediente T-8.579.334: "5.3. CÁMARA DE COMERCIO actualizadas.pdf", p. 3.

30 Expediente T-8.579.334: "5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf", p. 3

31 FIDUPREVISORA S.A. (2022). Nuestra Empresa.

URL: https://www.fiduprevisora.com.co/nuestra-empresa/

32 Expediente T-8.579.334: "4.2 UNION TEMPORAL SALUD SUR REGION 3 – NARIÑO – CAQUETA.pdf", p. 1.

33 Ibid., p. 2.

34 Ibid., p. 21 y 22.

35 Expediente T-8.579.334: "5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf", p. 3

36 Expediente T-8.579.334: "4.2 UNION TEMPORAL SALUD SUR REGION 3 – NARIÑO – CAQUETA.pdf", p. 18.

37 Ibid., p. 18, 19 y 20.

38 Ibid., p. 20.

39 Ibid., p. 22.

40 Ibid., p. 32, 35 y 39.

41 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-041 de 2019.

42 Expediente 21305.

43 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Auto de 13 de diciembre de 2001. Radicación 21305.

44 Cfr. Corte Constitucional. Sentencia T-565 de 2006.

45 Cfr. Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de mayo de 2004. Radicación 15321.

46 Expediente T-8.579.334: “5. RESPUESTA PROINSALUD.pdf”, p. 1.

47 Es, de las tres sociedades que integran la unión temporal, la encargada de la prestación de servicios de salud en el departamento de Nariño. Para los departamentos de Caquetá y Putumayo están otras sociedades: el Fondo Asistencial del Magisterio del Caquetá – FAMAC Ltda. y la Unidad Médico Asistencial del Putumayo Empresa Unipersonal – UNIMAP E.U.

48 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-391 de 2016.

50 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia SU-124 de 2018.

51 Ibid.

52 Supra 2, 3 y 6.

53 Cfr. Corte Constitucional, Sentencias T-617 de 2000, C-519 de 2014 y SU-508 de 2020, entre otras.

54 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-899 de 2002.

55 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2000.

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

57 Ibid.

58 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-131 de 2015.

59 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-471 de 2018.

60 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-752 de 2012.

61 En todos los casos analizados, se ordenó a diversas entidades de salud, tanto del régimen contributivo como del subsidiado, el suministro de pañales desechables, por las siguientes razones: “las personas que requerían el servicio sufrían de enfermedades congénitas, accidentales o como consecuencia de su avanzada edad (deterioro) que les afectaron el control sobre sus esfínteres, los hicieron dependientes del apoyo permanente de un tercero, para movilizarse, alimentarse y realizar sus necesidades fisiológicas, y, finalmente, (…) en los casos considerados, los usuarios no tenían la capacidad económica, ni su familia en forma subsidiaria, para sufragar el costo de los pañales desechables de forma particular.”

62 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-589 de 2014.

63 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-056 de 2015.

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

65 Ibid..

66 Además de los ejemplos que la Sala citará ahora, este fue el caso, igualmente, en las Sentencias T-249 de 2014 y T-552 de 2017 de la Corte Constitucional.

67 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-218 de 2018.

68 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-117 de 2019.

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

70 Ibid.

71 Cfr. Corte Constitucional, Auto 094A de 2020.

72 Cfr. Corte Constitucional, Auto 755 de 2021.

73 Este criterio fue reiterado por la Corte en la Sentencia T-003 de 2019.

74 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-592 de 2007.

75 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-644 de 2010.

76 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-245 de 2020.

77 Expediente T-8.579.334: “ACCION DE TUTELA 2021-00242.pdf”, p. 13 y 14.

78 Expediente T-8.579.334: “4.2 UNION TEMPORAL SALUD SUR REGION 3 – NARIÑO – CAQUETA.pdf”, p. 18.

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

80 Expediente T-8.579.334: “ACCION DE TUTELA 2021-00242.pdf”, p. 13 y 14.

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

“179. Ahora bien, ante la ausencia de prescripción médica y pruebas (p. ej. la historia clínica) que permitan evidenciar la necesidad de los insumos, esta Corporación considera que, en principio, procede la acción de tutela para amparar el derecho fundamental a la salud en su faceta de diagnóstico. Esto significa, que el juez constitucional podrá ordenar a la entidad promotora de salud que realice la valoración médica del paciente y determine la necesidad de autorizar pañales, cuando a partir de los hechos se advierta un indicio razonable de afectación a la salud y se concluya que es imperioso impartir una orden de protección. // 180. Por su parte, la Sala considera que, respecto de los pañales al ser tecnologías en salud incluidas en el PBS, no puede exigirse prueba de la capacidad económica como se había planteado en anteriores pronunciamientos de este Tribunal. La Corte aclara que la regla de incapacidad económica del paciente o su familia constituía uno de los requisitos jurisprudenciales para la autorización de los servicios no incluidos bajo la vigencia del antiguo POS, previo a la entrada en vigor de la LeS. Por consiguiente, bajo el imperio de la ley estatutaria en salud no solo no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar pañales por vía de tutela, sino que además resulta contrario a dicha normativa.”

82 La Sala reitera y aclara, no obstante, en línea con lo dicho en el acápite sobre legitimación en la causa por pasiva, que Fiduprevisora S.A. no está legitimada en la causa para responder por las pretensiones elevadas en la acción de tutela, pues la sociedad a la que le corresponde la prestación de los servicios de salud en favor de la accionante es PROINSALUD S.A. En efecto, como se dijo, “(…) el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio

ha encargado el manejo de su patrimonio a la FIDUPREVISORA S.A. para que esta asuma las labores de contratación, supervisión, vigilancia y correcta prestación del servicio de salud a cargo de la contratista, que para este caso es la Unión Temporal Salud Sur 2, de la que hace parte, junto con otras dos sociedades, PROINSALUD, S.A." (supra 29). La Sala, no obstante, emitirá una orden de actualización de la lista de exclusiones del Anexo 1 del Contrato No. 12076-011-2017 que incluye a la Fiduprevisora y al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Sin embargo, resalta que esta decisión se adopta de oficio y no corresponde a ninguna de las pretensiones elevadas.

83 Supra 10.

84 Se aclara que esta referencia no es sobre jurisprudencia en vigor sino a la jurisprudencia más reciente.