

REPÚBLICA DE COLOMBIA



CORTE CONSTITUCIONAL -Sala Quinta de Revisión-

SENTENCIA T-523 de 2023

Referencia: Expediente T-9.422.606

Acción de tutela de *Mariana* como agente oficiosa de *Emilia*, en contra de *la IPS*.

Magistrado ponente:
ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de noviembre de dos mil dos mil veintitrés (2023)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por la magistrada Paola Andrea Meneses Mosquera y los magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo y Alejandro Linares Cantillo, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo de tutela emitido el 22 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería en primera y única instancia, dentro del proceso de tutela promovido por *Mariana* como agente oficiosa de *Emilia*, en contra de *la IPS*.

I. ANTECEDENTES

1. Antes de proceder al estudio del asunto, la Sala considera necesario tomar oficiosamente medidas para proteger la intimidad de la persona en cuyo favor se interpuso la solicitud de amparo¹, de manera que serán elaborados dos textos de esta providencia, de idéntico tenor. En el texto que será el divulgado y consultado libremente, se dispondrá la omisión de los nombres de la accionada y de la agenciada, así como cualquier dato e información que permita su identificación.

A. LA DEMANDA DE TUTELA

¹ El Reglamento de la Corte Constitucional dispone que “[e]n la publicación de sus providencias, las Salas de la Corte o el magistrado sustanciador, en su caso, podrán disponer que se omitan nombres o circunstancias que identifiquen las partes”. Asimismo, la Circular Interna No. 10 de 2022 emitida por la Presidencia de esta corporación dispone que se deben omitir de las providencias que se publican en la página web de la entidad los nombres reales de las personas cuando se haga referencia a una historia clínica o información relativa a la salud, o se pueda poner en riesgo la vida, integridad o la intimidad personal y familiar.

2. El 13 de marzo de 2023² Mariana (“la accionante” o “la actora”), actuando como agente oficiosa de su progenitora Emilia (“la agenciada”) interpuso acción de tutela en contra de la IPS (“la accionada”). Acusó a esta última de vulnerar los derechos fundamentales de la agenciada a la salud, la vida, la integridad física y la dignidad humana, con ocasión de su negativa a suministrar la totalidad de medicamentos, pañales y suplemento alimenticio requeridos por ésta, así como de proveerle atención médica domiciliaria y servicio de enfermería³.

B. HECHOS RELEVANTES⁴

3. Para la fecha de instauración del amparo, la agenciada contaba con 87 años⁵ y era beneficiaria del régimen de excepción en salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio (“FOMAG”)⁶. De acuerdo con su historia clínica, padecía de hipertensión arterial, Alzheimer, osteoporosis, bronconeumonía, arterioesclerosis, enfermedad diverticular colónica, EPOC por Doppler carotideo bilateral placa calcificada en el bulbo carotideo bilateral, dolor y deformidades en las manos y limitación en la movilidad.⁷

4. La accionante refirió que, pese a las evidentes necesidades de la agenciada a causa de su enfermedad y a su condición de adulta mayor, la accionada se ha limitado a la entrega parcial de los medicamentos que requiere, además que se ha abstenido de suministrarle pañales, suplemento alimenticio, atención médica en casa y una enfermera de tiempo completo.⁸

5. El 30 de enero de 2023, la accionante, como agente oficiosa de su progenitora, presentó un derecho de petición ante la accionada en la que solicitó la entrega de “medicamentos, pañales, ensure, alimentos, atención médica en casa, una enfermera en casa de tiempo completo”⁹, o, en su defecto, se programe una valoración integral de la agenciada, “en aras de que el médico tratante determine de acuerdo a sus padecimientos los medicamentos y cuidados especiales que requiere.”¹⁰

6. El 31 de enero de 2023, la accionada dio respuesta a dicha petición, señalando que (i) ésta solo es una contratista del FOMAG que tiene a su cargo “la prestación de ciertos servicios médicos asistenciales y en términos pactados”; (ii) los pañales y suplementos alimenticios están excluidos del pliego de condiciones bajo el cual se rige la prestación del servicio médico a los beneficiarios de este régimen de

² Expediente digital T-9.422.606, archivo “02ActaReparto.pdf”.

³ *Ibidem*, archivo “01DEMANDA.pdf”.

⁴ Los hechos narrados en este acápite están soportados en la información y pruebas documentales aportadas por las partes dentro del presente proceso de tutela.

⁵ Según la cédula de ciudadanía cuya copia se aportó con la demanda de tutela, la agenciada nació el 9 de agosto de 1935. Expediente digital T-9.422.606, archivo “01DEMANDA.pdf”, p. 13.

⁶ Así lo precisó Fiduprevisora, en su calidad de vocera y administradora del Patrimonio Autónomo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, vinculada al presente proceso de tutela. En: Expediente digital T-9.422.606, archivo “08CONTESTACION.pdf”.

⁷ Historia clínica anexa a la acción de tutela. Expediente digital T-9.422.606, archivo “01DEMANDA.pdf”, pp. 14-25.

⁸ Hecho 2 de la demanda de tutela. *Ibidem*, p. 1.

⁹ Copia de la petición se allegó con la demanda de tutela. *Ibidem*, pp. 8-11.

¹⁰ *Ibidem*.

excepción; y (iii) no se evidenció la existencia de orden de médico tratante para el suministro de pañales, suplemento alimenticio, atención en casa y enfermería¹¹.

C. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA DE TUTELA

7. Afirmó la accionante que *la IPS* vulneró los derechos fundamentales de la agenciada *-supra* numeral 2-, como consecuencia su renuencia a suministrar la totalidad de medicamentos solicitados, así como a autorizar la entrega de pañales, suplemento alimenticio, atención médica domiciliaria y servicio de enfermería.

8. Como fundamento, trajo a colación las sentencias C-543 de 1992 para referirse a la naturaleza de la acción de tutela, y SU-508 de 2020 respecto del suministro de insumos, servicios y tecnologías excluidos del Plan de Beneficios en Salud, y las reglas jurisprudenciales para inaplicar dicha exclusión. Así mismo, se refirió al suministro domiciliario de servicio de enfermería en el nuevo Plan de Beneficios de Salud.

9. Adicionalmente, invocó el principio de integralidad analizado por esta corporación en sentencia C-313 de 2014, en relación con el suministro de medicamentos y elementos esenciales para sobrellevar un padecimiento o enfermedad que afecte la calidad y la dignidad de la vida y el deber de ser atendido en forma inmediata y prioritaria. También hizo referencia al derecho a la garantía de la dignidad humana e integridad física -sentencia T-675 de 2011-; e hizo referencia a la sentencia T-234 de 2013 sobre el derecho a estar informado por parte de la EPS sobre las gestiones que se deben agotar para la efectiva prestación del servicio de salud y la continuidad del mismo, como el deber de las EPS de garantizar el acceso efectivo a los servicios de salud bajo los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Finalmente, la actora señaló que la agenciada es sujeto de especial protección constitucional en razón a que cuenta con 87 años; por consiguiente, la cobija el derecho del bienestar familiar al adulto mayor contemplado dentro del artículo 17, parágrafos 1º y 2º de la Ley 1251 de 2008.

10. Con base en lo expuesto, solicitó que, como consecuencia del efectivo restablecimiento de las garantías fundamentales de la agenciada, se ordene a *la IPS* (i) proveer la totalidad de los medicamentos pañales, suplemento alimenticio, atención médica domiciliaria y servicio de enfermería; o, en subsidio, (ii) programar su valoración médica integral con el fin de determinar los medicamentos y cuidados especiales que requiere.¹²

D. ADMISIÓN Y RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADA Y VINCULADA

11. Mediante auto del 13 de marzo de 2023, el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería admitió la demanda de tutela y ordenó la vinculación del FOMAG al trámite. Las entidades accionada y vinculada se pronunciaron respecto de la solicitud de amparo en los siguientes términos:

¹¹ Oficio PQR-20229300403257052 dirigido por *la IPS* a la accionante el 31 de enero de 2023, cuya copia se aportó con la demanda de tutela. En: *Ibidem*, pp. 26-27.

¹² *Ibidem*, p.2.

La IPS.¹³

12. Esta entidad adujo que la accionante pertenece al régimen de excepción a cargo del FOMAG, con atención en salud a través de *la Unión Temporal- La IPS*. Por ende, esta última es la IPS contratista encargada de prestar el servicio médico de acuerdo con lo establecido en el pliego de condiciones que contiene la relación de bienes y servicios cubiertos por dicho régimen, el cual excluye los pañales y el suplemento alimenticio. No obstante, indicó que “[e]s importante que la paciente sea valorada por su médico tratante, con el fin que [sic] este valore y revise sus limitaciones con el fin de determinar qué tipo de asistencia requiere.”¹⁴

13. Con respecto a la atención en casa, indicó que si bien “hay historia clínica donde fue ordenado por el médico tratante dicho servicio”, la ayuda que la agenciada requiere les corresponde brindarla a sus familiares, por lo que no puede ser asumida por la IPS, “toda vez que su condición clínica no da para que sea atendido [sic] por una enfermera.”¹⁵

14. Por lo anterior, solicitó (i) tener en cuenta que a la agenciada se le ha venido brindando la atención médica de acuerdo con lo previsto en el pliego de condiciones aplicable para los beneficiarios del FOMAG; (ii) en caso de acceder el amparo, ordenar que los costos derivados del cumplimiento de la orden de tutela sean asumidos en su totalidad por dicho Fondo; y (iii) se le exija a la parte actora demostrar la falta de capacidad económica para sufragar por su cuenta los gastos de los bienes y servicios médicos reclamados a través del amparo.

Fiduprevisora S.A. como vocera del FOMAG¹⁶

15. Esta entidad contestó la acción de tutela manifestando falta de legitimación en las causa por pasiva por considerar que no es la encargada de garantizar la efectiva prestación del servicio a los usuarios del sistema de régimen de excepción de asistencia de salud y que, su servicio se direcciona únicamente a la contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud para los docentes, por lo que atribuye a *la Unión Temporal* la responsabilidad de responder conforme a su obligación contractual acordada dentro del contrato de prestación de servicios¹⁷ y concluyó que por su parte no existió ninguna conducta activa u omisiva que haya vulnerado los derechos fundamentales de la accionante y por consiguiente, solicita su desvinculación. Por lo anterior, solicitó se desvincule a Fiduprevisora del trámite, y se requiera a *la Unión Temporal*, con la cual contrató la prestación del servicio de salud a la agenciada.

E. DECISION JUDICIAL OBJETO DE REVISIÓN

¹³ Expediente digital T-9.422.606, archivo “06CONTESTACION.pdf”.

¹⁴ *Ibidem*, p. 2.

¹⁵ *Ibidem*, p. 3.

¹⁶ Expediente digital T-9.422.606, archivos “07CONTESTACION.pdf” y “08CONTESTACION.pdf”.

¹⁷ Contrato Fiduprevisora S.A. y *la Unión Temporal*. Véase archivo de la acción de tutela, Anexo Contestación Fiduprevisora S.A En: Expediente digital T-9.422.606, archivo “07 CONTESTACIÓN.pdf”

Sentencia de tutela de primera y única instancia proferida por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería el 22 de marzo de 2023¹⁸

16. El juez de instancia negó el amparo porque no encontró acreditada la situación de vulneración o amenaza para los derechos de la agenciada, toda vez que no se aportaron la órdenes expedidas por médico tratante respecto de los bienes y servicios reclamados en la demanda de tutela. Adicionalmente, consideró que, al figurar la agenciada como beneficiaria del régimen de excepción del magisterio, bien podía inferirse que contaba con capacidad económica para asumir el costo de los medicamentos, suplemento alimenticio y demás cuidados que requiere. La parte actora no impugnó esta providencia.

F. ACTUACIONES ADELANTADAS ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL EN SEDE DE REVISIÓN

17. Mediante auto del 30 de junio de 2023, notificado el 17 de julio del mismo año, la Sala de Selección Número Seis de 2023 de la Corte Constitucional dispuso seleccionar para revisión el expediente T-9.422.606, y lo asignó por reparto a la entonces Sala Quinta de Revisión.

18. Por medio de auto del 27 de julio de 2023, y con fundamento en el artículo 64 del Reglamento de la Corte Constitucional, el magistrado sustanciador requirió a la accionante para que (i) suministrara la totalidad de las prescripciones u órdenes médicas en las que se habrían formulado a la agenciada los medicamentos, insumos y servicios solicitados en la demanda de tutela; y (ii) rindiera un informe detallado sobre su situación familiar, social y económica¹⁹.

19. La accionante no dio respuesta al anterior requerimiento, pero informó telefónicamente a Secretaría General de esta corporación sobre el fallecimiento de la agenciada durante el transcurso del proceso de tutela, e indicó que aportaría los soportes que así lo acreditaban. Como quiera que la accionante no allegó documento alguno, se procedió a consultar la vigencia de la cédula de ciudadanía de la agenciada en el sistema de consulta de la Registraduría Nacional del Estado Civil, constatándose de esta manera que dicho documento de identidad se encuentra cancelado por muerte²⁰.

II. CONSIDERACIONES

¹⁸ Expediente digital T-9.422.606, archivo “09SENTENCIA.pdf”.

¹⁹ Concretamente, se le solicitó a la accionante rendir un informe resolviendo los siguientes interrogantes: “(i) ¿Quiénes integran el núcleo familiar de *Emilia*? Para responder, se sirva: - Indicar los nombres completos, las edades y el parentesco de las personas que viven con ella. – (ii) Informar si *Emilia* percibe ingresos y que, en caso afirmativo, informar en cuanto ascienden los mismos. (iii) Informar a que se dedica cada uno de los miembros de su núcleo familiar- profesión, ocupación, oficio o actividad económica-, y los ingresos mensuales que perciben. (iv) Realizar un listado de los ingresos y gastos mensuales del núcleo familiar a la que pertenece la *Emilia*. (v) Informar si *Emilia* o los miembros de su núcleo familiar tienen obligaciones económicas, con quién y por qué valor. (vi) Informar si ella o los miembros de su núcleo familiar son beneficiarios de algún tipo de subsidio. En caso afirmativo, informar en qué consisten tales subsidios y a cuánto ascienden. (vii) Informar si ella o su grupo familiar son propietarios de bienes inmuebles o muebles. En caso afirmativo, ¿cuál es su valor? En: Expediente digital T-9.442.606, archivo “.-Expediente T-9.442.606-Auto de pruebas (Julio 27 2023).pdf”.

²⁰ <https://defunciones.registraduria.gov.co/>, consultado el 9 de octubre de 2023.

A. COMPETENCIA

20. Esta Sala de Revisión es competente para conocer de la presente acción de tutela, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

B. PRIMERA CUESTIÓN PREVIA – PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA

21. A la luz del artículo 86 de la Constitución Política, los artículos 5° y 6° del Decreto Ley 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional²¹, la acción de tutela es un mecanismo judicial para la protección inmediata de derechos fundamentales, de carácter subsidiario. Esto significa que su procedencia está supeditada a que el presunto afectado no disponga de otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos, procederá como mecanismo de protección *definitivo*; o cuando, pese a existir un medio de defensa judicial, éste carezca de idoneidad y eficacia. Por otra parte, procederá también como mecanismo *transitorio*, cuando se interponga para evitar la consumación de un perjuicio irremediable.

22. A partir del referido marco normativo, y en atención a ese carácter residual de la acción de tutela, esta corporación ha identificado unos presupuestos generales de procedencia que el juez constitucional debe verificar antes de examinar el fondo del asunto sometido a su consideración, a saber: (i) si quien ejerce el amparo es titular de los derechos cuya protección se invoca o está legalmente habilitado para actuar en nombre de este *–legitimación por activa–*; (ii) si la presunta vulneración puede predicarse respecto de la entidad o persona accionada, y esta última es de aquellas contra las que procede la acción de tutela *–legitimación por pasiva–*; (iii) si la tutela fue interpuesta en un término prudente y razonable después de ocurridos los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos *–inmediatez–*; y (iv) si el presunto afectado dispone de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable *–subsidiariedad–*.

23. A continuación la Sala analizará como primera cuestión previa el cumplimiento de los mencionados requisitos de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto, para efectos de determinar si es dado proseguir con el análisis de fondo respecto de la solicitud de amparo.

Procedencia de la acción de tutela – Caso concreto

24. *Legitimación por activa.* Una persona se encuentra legitimada por activa cuando demuestra tener un interés directo y particular por ser titular del derecho que se encuentra vulnerado o amenazado²². Este presupuesto encuentra su sustento en el artículo 86 de la Constitución la cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela directamente o a través de un representante que actúe en su nombre para solicitar la protección inmediata de sus derechos fundamentales.

²¹ Corte Constitucional, sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015, T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

²² Corte Constitucional, Sentencia T-176 de 2011.

25. Al respecto y en desarrollo del citado mandato superior, el artículo 10 del Decreto Ley 2591 de 1991 reguló lo relativo a la legitimación por activa definiendo a los titulares de la acción y señalando que la tutela se puede impetrar por cualquier persona: (i) ya sea en forma directa -el titular de los derechos afectados-; (ii) por intermedio de un representante legal -por ejemplo, tratándose de menores de edad o personas jurídicas-; (iii) mediante apoderado judicial -abogado titulado con mandato expreso-; (iv) a través de agente oficioso -cuando el titular del derecho no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa-; o por conducto (v) del defensor del Pueblo o de los personeros municipales -facultados para intervenir en representación de terceras personas, siempre que el titular de los derechos haya autorizado expresamente su mediación o se adviertan situaciones de desamparo e indefensión-²³.

26. Bajo los preceptos del marco normativo y jurisprudencial citado anteriormente, y en lo que interesa para el caso bajo examen, la agencia oficiosa se fundamenta en el principio de solidaridad y se puede configurar siempre que el titular de los derechos vulnerados o amenazados no esté en condiciones de promover su propia defensa²⁴, por ejemplo, en casos de menores de edad, adultos mayores, personas en condición de discapacidad²⁵. En esta línea, la sentencia SU-508 de 2020 que sistematizó las reglas jurisprudenciales en materia del contenido y alcance del derecho a la salud, la Corte señaló que el ejercicio de la agencia oficiosa supone (i) que el agente manifieste expresamente que obra en defensa de los derechos fundamentales de otra persona; y (ii) que a partir de las pruebas allegadas al trámite o de las circunstancias fácticas expuestas en los hechos de la acción de tutela se pueda determinar que el agenciado no está en condiciones de promover su propia defensa. Asimismo, señaló dicha providencia que (iii) la agencia oficiosa es una actuación informal, lo que implica que “no es necesario que exista una relación formal entre el agente oficioso y el agenciado y, por ello, no es necesario que medie documento alguno, en el cual se delegue la interposición de la acción de tutela, como ocurre en la figura del poder”²⁶.

27. En el caso en cuestión, la Sala encuentra satisfecho el requisito de legitimación por activa, por cuanto se cumplen las condiciones contempladas en la jurisprudencia constitucional para el ejercicio de la agencia oficiosa en la acción de tutela. La accionante *Mariana* manifestó de manera expresa actuar en calidad de agente oficioso de su madre²⁷, *Emilia*. Adicionalmente, aportó copia del documento de identidad y de la historia clínica de ésta última, elementos que llevan a la Sala a concluir claramente que, atendiendo su avanzada edad y su estado de salud, la agenciada no se encontraba en condiciones para instaurar por su cuenta la acción de amparo.

²³ Corte Constitucional, sentencias T-819 de 2001, T-531 de 2002, T-711 de 2003, T-212 de 2009, T-778 de 2010, T-495 de 2013, T-561 de 2013, T-679 de 2013, T-470 de 2014, T-540 de 2015, T-361 de 2017, T-307 de 2018, SU-150 de 2021, T-525 de 2022.

²⁴ Corte Constitucional, sentencias T-594 de 2016, T-235 de 2018, y SU-508 de 2020, entre otras.

²⁵ Corte Constitucional, Sentencia SU-508 de 2020.

²⁶ Ibidem.

²⁷ Expediente digital T-9.422.606, archivo “01DEMANDA.pdf”

28. *Legitimación por pasiva.* Bajo los términos de los artículos 86 de la Constitución y los artículos 1º, 5º y 13 del Decreto Ley 2591 de 1991 la acción de tutela puede dirigirse contra autoridades públicas por acciones y omisiones que violen, hayan violado o amenacen con violar un derecho fundamental; así mismo, el artículo 42 del citado Decreto Ley contempla la posibilidad de ejercer el amparo en contra de particulares en ciertos casos, como, por ejemplo, cuando tienen a su cargo la prestación de un servicio público. Este requisito encuentra su fundamento en la aptitud o “capacidad legal”²⁸ de la contraparte, bien sea porque es el presunto responsable de los hechos vulneradores o es el llamado a responder por las pretensiones.²⁹ A continuación, la Sala estudiará la legitimación en la causa por pasiva de las entidades accionada y vinculada en el caso concreto.

29. *La IPS.* Esta entidad se encuentra legitimada en la causa por pasiva, al ser una sociedad comercial de derecho privado encargada de la prestación del servicio público de salud a la agenciada, por virtud del contrato que Fiduciaria La Previsora -como vocera y administradora del FOMAG- suscribió con *la Unión Temporal*, de la cual *la IPS* hace parte³⁰, 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 para la región conformada por los departamentos de Córdoba, Sucre y Bolívar”, dentro de los que se encuentra *Emilia*³¹. Por lo demás, la accionante le atribuye a *la IPS* la vulneración de los derechos de la agenciada, con ocasión de su omisión en proveer los bienes y servicios reclamados a través del amparo.

30. *Fiduprevisora S.A. como vocera del FOMAG.* El artículo 3º de la Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son administrados por Fiduprevisora S.A.³², en virtud del contrato de fiducia mercantil contenido en la escritura pública No. 0083 de 21 de junio de 1990³³. El artículo 5.2 de la precitada Ley establece que uno de los objetivos del FOMAG es “garantizar la prestación de los servicios médico asistenciales” del personal docente vinculado a la Nación y a las entidades territoriales.

31. En este orden de ideas, si es con los recursos del FOMAG con que se debe garantizar la atención en salud al personal de docentes cubierto por la Ley 91 de

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-424 de 2021.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia T-050 de 2023.

³⁰ Cabe señalar que, como lo ha precisado esta corporación en sentencias T-656 de 2006 y T-041 de 2019, la legitimación por pasiva no se predica de las uniones temporales porque estas no son propiamente sujetos de derechos capaces de contraer obligaciones, sino de las personas jurídicas que las integran.

³¹ Aunque el contrato fue suscrito el 30 de octubre de 2017 con una duración de 48 meses contados a partir del acta de inicio, la Sala entiende que dicha relación contractual se mantenía vigente para la fecha de instauración del amparo porque (i) Fiduprevisora aportó copia de dicho contrato con el fin de acreditar que la atención médica de la agenciada se encontraba a cargo de *la Unión Temporal*; y (ii) Fiduprevisora también reportó en su contestación a la acción de tutela que *Emilia* figuraba en sus bases de datos como beneficiaria activa del régimen de excepción de asistencia en salud, a cargo del operador *la Unión Temporal*. En: Expediente digital T-9.422.606, archivos “07CONTESTACION.pdf” y “08CONTESTACION.pdf”.

³² Fiduprevisora S.A es una 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. En: FIDUPREVISORA S.A. (2022). Nuestra Empresa.URL: <https://www.fiduprevisora.com.co/nuestra-empresa/>.

³³ Ibidem, archivo “08CONTESTACION.pdf”.

1989, y éste, en tanto patrimonio autónomo que es, goza de capacidad legal para ser parte en un proceso judicial por conducto de su vocera³⁴, es claro que respecto de Fiduprevisora S.A. se predica también legitimación en la causa por pasiva, en su condición de vocera y administradora del aludido Fondo. Si bien esta última no provee directamente servicios de salud, sus obligaciones contractuales ciertamente inciden en las condiciones de su prestación a las personas afiliadas al Magisterio, como la aquí agenciada.

32. Por lo demás, contrario a lo manifestado por dicha sociedad en su contestación a la solicitud de amparo, el hecho de que ella haya contratado con *la IPS* el suministro de los servicios de salud a los afiliados al Magisterio en modo alguno la releva de sus responsabilidades como administradora del FOMAG de hacer cumplir el objetivo de garantizar la atención médica a dicho personal. Por consiguiente, acertó el juzgado de instancia en vincular al trámite de tutela a Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del FOMAG.

33. En suma, para la Sala, dentro del presente recurso de amparo, se encuentra superado a todas luces el requisito de legitimación por pasiva frente a las entidades accionada y vinculada, toda vez que éstas tienen la capacidad legal para ser llamadas a responder por la presunta vulneración o amenaza de los derechos invocados por encontrarse directa o indirectamente relacionadas con la prestación de los servicios de salud de la agenciada.

34. *Inmediatez.* A la luz del artículo 86 de la Carta, la acción de tutela podrá ser invocada “en todo momento y en todo lugar”; sin embargo, a pesar de que no se encuentra sujeta a un término de caducidad, esta corporación ha sostenido que dicha acción sí debe ser interpuesta en un plazo razonable y proporcionado a partir del hecho generador de la vulneración³⁵. Esto no puede determinarse en forma absoluta para todos los casos señalando un plazo cierto, sino que deberá analizarse de acuerdo con las particularidades de cada situación específica³⁶.

35. En el asunto que ocupa a esta Sala, la acción de tutela se interpuso el 13 de marzo de 2023³⁷, esto es, un mes y trece días después de la respuesta de *la IPS* al derecho de petición de la actora, negando la entrega de los bienes y servicios que ahora se reclaman a través del amparo. Se trata de un término razonable y proporcional entre la fecha de instauración del amparo y la ocurrencia del hecho presuntamente lesivo de las garantías de la accionada, razón por la cual se encuentra superado el requisito de inmediatez.

36. *Subsidiariedad.* Como se indicó *-supra* numeral 21-, la acción de tutela procede únicamente ante la inexistencia de otros mecanismos de defensa idóneos y eficaces para la protección del derecho vulnerado o amenazado, o cuando, a pesar de la existencia de tales mecanismos, resulte necesario otorgar un amparo transitorio para precaver un perjuicio irremediable. En concordancia, el numeral 1º del artículo

³⁴ Código General del Proceso, artículos 53 y 54.

³⁵ Ver, entre otras, las sentencias T-834 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-887 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo; T-246 de 2015 M.P. Martha Victoria SÁCHICA Méndez; SU108 de 2018 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado; T-188 de 2020 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

³⁶ Corte Constitucional, sentencia T-606 de 2004.

³⁷ Expediente digital T-9.422.606, archivo “02ActaReparto.pdf”.

6° del Decreto Ley 2591 de 1991 establece que siempre que existan otros recursos o medios de defensa judiciales, estos, deberán ser apreciados en concreto tomando en consideración las características y exigencias del caso en particular, como cuando, por ejemplo, (i) existe riesgo a la vida, la salud o la integridad de las personas; (ii) los peticionarios o afectados se encuentran en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional; (iii) se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional; (iv) se trate de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet³⁸.

37. Bajo tales criterios, le corresponde al juez constitucional el deber de analizar “la situación particular y concreta del accionante, para comprobar si los medios ordinarios resultan idóneos y eficaces para la protección de los derechos fundamentales.”³⁹ Al respecto, la jurisprudencia constitucional ha entendido que un mecanismo judicial ordinario es idóneo cuando aquel “es materialmente apto para producir el efecto protector de los derechos fundamentales”⁴⁰ mientras que, es eficaz siempre que sea “lo suficientemente expedito para atender dicha situación.”⁴¹

38. Tratándose de la prestación del servicio de salud, el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, adicionado por el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, otorga facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud (“SNS”) para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo las controversias suscitadas entre los afiliados y las entidades encargadas de la prestación de dicho servicio. Por consiguiente, *prima facie* podría considerarse que la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para reclamar la protección de los derechos de la agenciada, lo que podría significar la improcedencia de la acción de tutela para tales efectos.

39. No obstante, esta corporación ha cuestionado la eficacia e idoneidad del aludido mecanismo, con ocasión de sus deficiencias normativas y estructurales,⁴² reconocidas por la propia entidad a cargo de su tramitación⁴³. Por consiguiente, la Corte ha considerado que, mientras tales falencias no se resuelvan, el recurso jurisdiccional ante la SNS no se entenderá como medio idóneo y eficaz para la protección inmediata de los derechos fundamentales de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud, y, en consecuencia, la acción de tutela será el medio adecuado para su protección.⁴⁴

³⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-124 de 2018.

³⁹ Corte Constitucional, sentencia T-034 de 2021. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias T-043 de 2014, T-402 de 2012 y T-235 de 2010.

⁴⁰ Corte Constitucional, sentencia SU-379 de 2019.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

⁴³ En este sentido, la sentencia SU-508 de 2020 puso de presente que, en la audiencia pública llevada a cabo el 6 de diciembre de 2018 ante la Sala Especial de Seguimiento de la sentencia T-760 de 2008, la SNS indicó que: “a) para la entidad es imposible proferir decisiones jurisdiccionales en los diez (10) días que otorga como término la ley; b) existe un retraso entre dos (2) y tres (3) años para solucionar de fondo las controversias conocidas por la entidad en todas sus sedes, especialmente las de carácter económico –por ejemplo, reclamaciones por licencias de paternidad–; c) la Superintendencia de salud no cuenta en sus regionales con la capacidad logística y organizativa para dar solución a los problemas jurisdiccionales que se presentan fuera de Bogotá –en especial, carece de personal especializado suficiente en las superintendencias regionales y existe una fuerte dependencia de la sede en el Distrito Capital–.”

⁴⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020. En el mismo sentido ver, entre otras, las sentencias T-114 de 2019, T-192 de 2019 y T-294 de 2022.

40. Por lo anterior, la Sala encuentra superado el requisito de subsidiariedad respecto de la acción de tutela interpuesta por *Mariana* como agente oficiosa de su madre *Emilia*, toda vez que el mecanismo jurisdiccional dispuesto para el caso en concreto no resulta ser idóneo ni eficaz, a la luz de los criterios de análisis que para tal efecto previó la sentencia SU-124 de 2018 *-supra* numeral 36-. En efecto, se constata que en el caso concreto la agenciada se encontraba en condición de vulnerabilidad para el momento de la instauración del amparo, habida cuenta de su avanzada edad y su precaria situación de salud. Tal circunstancia hace procedente la acción de tutela como mecanismo definitivo para la protección de los derechos de esta última.

41. En conclusión, la presente solicitud de amparo cumple los requisitos de procedencia, por lo que ahora le corresponde a la Sala entrar a determinar si en el presente caso se configura o no una carencia actual de objeto con ocasión del fallecimiento de la agenciada *-supra* numeral 19- durante el proceso de tutela, y si, pese a ello, es necesario emitir un pronunciamiento de fondo.

C. SEGUNDA CUESTIÓN PREVIA – CARENCIA ACTUAL DE OBJETO

42. Conforme se desprende del artículo 86 superior, la finalidad de la acción de tutela consiste en otorgar protección inmediata de derechos fundamentales vulnerados o amenazados. No obstante, bien puede ocurrir que durante el respectivo proceso judicial sobrevengan circunstancias que tornen inane un pronunciamiento por parte del juez constitucional por sustracción de materia, al haber perdido vigencia la situación que dio origen a la instauración del amparo. Así, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado la categoría de la *carencia actual de objeto* para aquellos casos en que durante el trámite constitucional se advierta que las amenazas o vulneraciones que dieron lugar a la solicitud de amparo cesaron, ya sea porque (i) se ejecutó el hecho vulnerador que se pretendía precaver *-daño consumado-*⁴⁵; (ii) la accionada remedió la situación que dio origen a la instauración del amparo *-hecho superado-*; o (iii) se ha producido un cambio en las condiciones fácticas que originaron la presunta vulneración o amenaza que hacen decaer el objeto de la acción de tutela *-situación sobreviniente-*. Estos eventos conllevan a que a que la acción de amparo pierda su razón de ser como mecanismo extraordinario de protección judicial, pues hacen que cualquier orden emitida por el juez caiga en el vacío⁴⁶.

43. Bajo el marco de las categorías expuestas anteriormente, la Corte Constitucional se ha referido a los eventos en los que durante el transcurso del proceso de tutela se produce el fallecimiento del titular de los derechos cuya protección se reclama. La jurisprudencia actual⁴⁷ ha identificado que de esta circunstancia se pueden derivar los siguientes escenarios, con los efectos procesales que se indican a continuación:

⁴⁵ De manera específica, el artículo 6.4 del Decreto Ley 2591 de 1991 que la acción de tutela no procede cuando la violación del derecho deviene en un daño consumado, a menos que continúe la acción u omisión violatoria del derecho.

⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-522 de 2019.

⁴⁷ Corte Constitucional, sentencias SU-522 de 2019, T-236 de 2018, T-262 de 2020

Escenarios ante el fallecimiento del titular del derecho objeto de la solicitud de amparo

Escenario	Configuración	Efecto procesal
Sucesión procesal	A pesar del fallecimiento del titular del derecho afectado, las consecuencias de la vulneración o amenaza recaen sobre sus herederos, o la pretensión perseguida con el amparo genera efectos para estos.	Se prosigue con el trámite del proceso de tutela porque no se configura carencia actual de objeto sino sucesión procesal en los términos del art. 68 del Código General del Proceso.
Daño consumado	El fallecimiento del titular del derecho afectado es consecuencia directa de la situación de violación o amenaza atribuida a la entidad accionada.	Se declara la carencia actual de objeto por daño consumado pero el juez de tutela debe pronunciarse de fondo para determinar si se presentó o no la vulneración que dio origen a la solicitud de amparo. También puede considerar: advertir a las accionadas para que adopten los correctivos a que haya lugar; brindar información sobre acciones resarcitorias por el daño sufrido; compulsar copias ante autoridades competentes; proteger la dimensión objetiva del derecho transgredido; o adoptar medidas para evitar que los hechos vulneradores se repitan.
Situación sobreviniente	El fallecimiento del titular del derecho afectado no es consecuencia directa de la situación de violación o amenaza atribuida a la entidad accionada.	Se declara la carencia actual de objeto por situación sobreviniente, sin perjuicio de que el juez de tutela, si lo considera pertinente, efectúe un análisis de fondo para avanzar en la comprensión del derecho fundamental o adoptar otras determinaciones de acuerdo con las particularidades del caso concreto.

44. En el caso concreto, la Sala en primer lugar descarta el primer escenario porque la situación vulneradora -y las pretensiones de la demanda de tutela- recaían exclusivamente sobre los derechos fundamentales de la agenciada a la salud, vida, integridad física y dignidad humana. Esto desvirtúa la sucesión procesal de sus herederos, ya que los efectos de la presunta violación o amenaza no repercuten en los derechos de estos últimos.

45. En segundo lugar, la escasa información con que se cuenta a pesar de las labores desplegadas por esta corporación con el propósito de recaudar mayores elementos acerca de la situación de salud de la agenciada, impide concluir que el fallecimiento de su progenitora haya sido consecuencia directa de la omisión de *la IPS* en proveerle medicamentos -se desconoce cuáles-⁴⁸, suplemento alimenticio, pañales, servicio de enfermería o atención médica domiciliaria. Ante la incertidumbre -no se sabe cuál fue la causa del deceso-, mal podría la Sala concluir un escenario de daño consumado.

46. En tercer lugar, lo que sí resulta irrefutable es que el fallecimiento de la agenciada -al margen de las causas que lo propiciaron- implica una modificación en la situación fáctica que motivó la instauración del amparo, que, a su vez, acarrea la pérdida de vigencia de las pretensiones de la demanda de tutela. Se trata, por tanto, de una situación sobreviniente que obliga a declarar la carencia actual de objeto ante el infortunado fallecimiento de la agenciada. Sin perjuicio de ello, la Sala encuentra pertinente emitir un pronunciamiento de fondo frente al caso concreto con el fin de referirse al alcance de las reglas jurisprudenciales vigentes en materia del derecho a la salud, frente a las personas pertenecientes al régimen de excepción del Magisterio.

D. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA JURÍDICO, MÉTODO Y ESTRUCTURA DE LA DECISIÓN

47. De conformidad con los fundamentos fácticos expuestos en la Sección I de esta providencia, le corresponde a la Sala Quinta de Revisión determinar si: *¿la IPS* y *Fiduprevisora S.A* vulneraron los derechos fundamentales de *Emilia* al negarle la entrega de medicamentos, suplemento alimenticio, pañales, servicio de enfermería y atención domiciliaria?

48. Para estos efectos, la Sala (i) reiterará su jurisprudencia sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud. En seguida, (ii) realizará un breve pronunciamiento sobre el acceso a servicios y tecnologías en salud (régimen de inclusión y exclusión) y, así mismo, (iii) ahondará en las reglas jurisprudenciales relativas al suministro de servicios y tecnologías en salud en el régimen de excepción del Magisterio, (iv) se pronunciará sobre las reglas jurisprudenciales para el suministro de pañales y (v) del servicio de enfermería domiciliaria. A partir de lo anterior, (vi) resolverá el caso concreto.

E. CONTENIDO Y ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL A LA SALUD. Reiteración de jurisprudencia

⁴⁸ Si bien en la historia clínica se observa una prescripción médica a nombre de la agenciada para el medicamento amoxicilina/ácido clavulánico x250 mg g2-5/5 ML emitida el 27 de noviembre de 2022, dada la escasa información suministrada en la demanda de tutela, sumado a que la accionante no dio respuesta al requerimiento que se le hizo en sede de Revisión, no es posible colegir que éste sea el medicamento reclamado a través del amparo. Tampoco podría afirmarse que una supuesta omisión en su entrega haya provocado el deceso de la agenciada, pues, se insiste, no es claro cuál es el medicamento reclamado en la demanda de tutela como para afirmar que la IPS accionada omitió su provisión, y tampoco se cuenta con un concepto médico sobre las circunstancias concretas que con causaron el deceso de la agenciada, como para concluir que la supuesta no entrega de dicho medicamento generó el fatal desenlace.

49. El derecho fundamental a la salud ha sido concebido como el derecho humano universal a gozar y disfrutar del “más alto nivel posible de salud”⁴⁹, entendido no solo como la ausencia de enfermedades y el estado de bienestar completo de vida-físico, mental y social⁵⁰, sino también como una amalgama de factores socioeconómicos que promueven las condiciones a una vida sana y, factores determinantes de salud, como lo son la alimentación y la nutrición, la vivienda, el acceso a agua potable, las condiciones sanitarias óptimas, condiciones de trabajo seguras y un medio ambiente sano.⁵¹

50. Esta garantía se encuentra consagrada en el artículo 49 de la Constitución Política, así como en los artículos 10 del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵², y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales⁵³, instrumentos internacionales sobre derechos humanos que hacen parte del Bloque de Constitucionalidad. En el ordenamiento jurídico colombiano, el derecho a la salud ha sido reconocido como uno de rango fundamental, primero por la jurisprudencia constitucional⁵⁴, y luego por el Legislador a través de la Ley Estatutaria 1751 de 2015⁵⁵ (“LeS”), que positivizó dicho carácter.

51. La LeS, valga señalarlo, tiene por objeto regular el derecho fundamental a la salud, en cuanto a su contenido, alcance, principios que lo rigen, mecanismos de protección, entre otros aspectos. Su artículo 2° reconoce esta garantía como autónoma e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud en forma oportuna, eficaz y con calidad, desde la promoción, prevención y diagnóstico, hasta el tratamiento, rehabilitación y paliación. Por su parte, el artículo 4° *ibidem* define el sistema de salud como el conjunto articulado y armónico de principios y normas; políticas públicas; instituciones; competencias y procedimientos; facultades, obligaciones, derechos y deberes; financiamiento; controles; información y evaluación, que el Estado disponga para la garantía y materialización del derecho fundamental de la salud. A su vez, el artículo 3 de la misma normatividad establece claramente que los preceptos consagrados en ella aplican a “todos los agentes, usuarios y demás que intervengan de manera directa o indirecta, en la garantía del derecho fundamental a la salud”. Nótese que el precepto legal no exceptúa a los operadores de regímenes especiales del ámbito de cobertura de la LeS.

52. El artículo 6° de la LeS dispone los elementos y principios del derecho fundamental, a la salud, y los entiende como como esenciales e interrelacionados. Los primeros -elementos- se refieren a: (i) *disponibilidad*: deber de garantizar la existencia de servicios, tecnologías, instituciones y personal médico; (ii) *aceptabilidad*: el deber de los agentes del sistema de ser respetuosos con las diversas culturas, respetando particularidades socioculturales y cosmovisión de la salud y permitiendo la participación en las decisiones del sistema que le afecten, así como la

⁴⁹ Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020 y T-1041 de 2006.

⁵⁰ Corte Constitucional., Sentencia T-519 de 2014

⁵¹ Organización de Naciones Unidas, Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, citada en la sentencia SU-508 de 2020 de la Corte Constitucional.

⁵² Aprobado mediante Ley 319 de 1996.

⁵³ Aprobado mediante Ley 74 de 1968.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencias T-859 de 2003 y T-760 de 2008.

⁵⁵ “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

de responder a las necesidades de salud relacionada con el género y ciclo de vida; (iii) *accesibilidad*: los servicios y tecnologías de salud deben ser accesibles en condiciones de igualdad y no discriminación; y, (iv) *calidad e idoneidad profesional*: deber de que los establecimientos, servicios y tecnologías de salud sean apropiados desde el punto de vista médico y técnico y respondan a estándares de calidad.

53. Los segundos -principios- consisten en: (i) *universalidad*: entendido como el goce efectivo de este derecho a todos los residentes del territorio colombiano; (ii) *pro homine*: las normas vigentes deben ser interpretadas de la forma más favorable a la protección del derecho; (iii) *equidad*: deber del Estado de adoptar políticas públicas dirigidas al mejoramiento de la salud de grupos vulnerables y sujetos de especial protección; (iv) *continuidad*: deber de que el servicio a la salud, una vez iniciado, no sea interrumpido por razones administrativas o económicas; (v) *oportunidad*: provisión de prestación de servicios y tecnologías sin dilaciones; (vi) *prevalencia de derechos*: deber de implementar medidas para garantizar la atención integral a niñas, niños y adolescentes; (vii) *progresividad del derecho*: deber de ampliación gradual y continua del acceso a los servicios y tecnologías de salud, (viii) *libre elección*: libertad de las personas de elegir sus entidades de salud dentro de la oferta disponible; (ix) *sostenibilidad*: deber del Estado de contar con los recursos necesarios y suficientes para asegurar de forma progresiva el derecho fundamental a la salud, de conformidad con las normas constitucionales de sostenibilidad fiscal; (x) *eficiencia*: deber de procurar la mejor utilización social y económica de los recursos, servicios y tecnologías; (xi) *solidaridad*: el sistema está basado en el mutuo apoyo entre las personas, generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades; (xii) *interculturalidad*: deber de respeto por las diferencias culturales existentes en el país y en el ámbito global, así como el esfuerzo por construir mecanismos que integren dichas diferencias a través del reconocimiento de los saberes, prácticas y medios tradicionales, alternativos y complementarios para la recuperación de la salud en el ámbito global; (xiii) *protección a pueblos indígenas*: deber de reconocimiento y garantía para los pueblos indígenas el derecho fundamental a la salud según sus cosmovisiones y conceptos y su desarrollo en el Sistema Indígena de Salud Propio e Intercultural; y (xiv) *protección pueblos y comunidades indígenas, ROM, negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras*: deber de garantizar el derecho a la salud como fundamental, concertando su aplicación y respetando sus costumbres.

54. Especial mención merece el aludido principio de solidaridad, que si bien exige la colaboración y ayuda del núcleo familiar del paciente, tampoco puede sobrepasar la capacidad económica y los proyectos de vida de sus integrantes, como lo entendió la sentencia SU-508 de 2020. De manera que le corresponde al juez de tutela valorar, en cada caso concreto, si las ayudas o cuidados que aquél requiere pueden ser brindados o no por sus parientes. Con todo, el deber de solidaridad familiar de ninguna manera releva a las entidades de salud de prestar los servicios médicos asistenciales a los cuales se encuentran obligados.

F. ACCESO A SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD (RÉGIMEN DE INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN). Reiteración de jurisprudencia⁵⁶

55. Como consecuencia del reconocimiento del carácter fundamental del derecho a la salud y tomando en consideración el deber de adoptar políticas públicas que hagan realidad las disposiciones normativas de garantía, acceso y calidad en la prestación de servicios necesarios para garantizar el derecho a la salud -dimensión positiva del derecho a la salud-, la LeS modificó el Plan Obligatorio de Salud y lo denominó Plan de Beneficios en Salud (“PBS”). Con éste se busca garantizar a través de la prestación de servicios y tecnologías en salud, estructurados sobre una concepción integral de la salud, la promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y la rehabilitación de sus secuelas. Conforme al artículo 15 inciso 1 de la LeS, el Legislador dejó atrás el modelo anterior de inclusiones implícitas y exclusiones explícitas, y en su lugar adoptó un sistema de exclusiones explícitas⁵⁷, el cual será desarrollado en el siguiente apartado.

56. La prestación de servicios y tecnologías en salud antes de la LeS, era regida por la Ley 100 de 1993, que creó el Sistema de Seguridad Social Integral, y cuyo artículo 156, literal c) dispuso que la atención preventiva, médico-quirúrgica y de medicamentos esenciales de todos los afiliados se llevaría a cabo a través del Plan Obligatorio de Salud (“POS”), a cargo de las entidades promotoras de salud (“EPS”) -art. 156 literal e), *ibidem*-.⁵⁸ Dicho Plan fue diseñado a partir de un modelo de inclusiones y exclusiones expresas, de suerte que las EPS solo estaban obligadas a suministrar los bienes y servicios explícitamente incluidos en el POS.

57. No obstante, ante la necesidad de proteger eficazmente la vida y la salud de las personas, la jurisprudencia constitucional contempló la posibilidad de otorgar tratamientos, medicamentos e insumos excluidos o que no se encontraban en el POS, a través de la acción de tutela, siempre que se demostrara: “a) Que la falta del medicamento o tratamiento amenace o vulnere los derechos fundamentales a la vida o la integridad personal del afiliado, lo cual debe entenderse no sólo cuando existe inminente riesgo de muerte sino también cuando la ausencia de estos altera condiciones de existencia digna; b) Que el medicamento o tratamiento excluido no pueda ser reemplazado por otro que figure en el POS; c) El paciente no tenga capacidad de pago para sufragar el costo del medicamento o del tratamiento respectivo y , d) El medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el demandante.”⁵⁹

58. Ahora bien, con ocasión a la problemática identificada por la Corte Constitucional, respecto a la interpretación, aplicación y alcance del modelo fijado por la Ley 100 de 1993⁶⁰, la LeS modificó el POS e introdujo el PBS⁶¹- *supra* numeral 55-, que se rige bajo una lógica de *exclusión expresa* según la cual todo aquel servicio

⁵⁶ Corte Constitucional, sentencias SU-508 de 2020 y T-050 de 2023.

⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

⁵⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-819 de 1999, reiterada en sentencias T-615 de 2003 y SU-508 de 2020.

⁵⁹ Corte Constitucional, SU-508 de 2020, T-1032 de 2001, T-237 de 2003, T-615 de 2003, T-566 de 2006, T-760 de 2008; sentencia de constitucionalidad C-313 de 2014.

⁶⁰ Gaceta del Congreso 116/2013, p. 2. Citado en SU-508 de 2020.

⁶¹ Ley 1751 de 2015, art. 15.

o tecnología en salud que no se encuentre expresamente excluido, se encuentra incluido⁶². Así, el artículo 15 de la LeS impone a las entidades a cargo del funcionamiento del sistema de salud el deber de suministrar todos los bienes, servicios y tecnologías que no estén explícitamente excluidos del PBS, bajo una concepción integral de la salud, que abarca su promoción, prevención, paliación, atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas. En este sentido, dicha obligación debe interpretarse en consonancia con el artículo 8 *ibidem* que se refiere a la integralidad del servicio de salud, atributo que exige que éste se preste de manera completa en todas sus facetas -prevención, paliación y curación-, sin fragmentaciones y sin distinción en torno al origen de la enfermedad, la condición de salud del paciente, o el sistema de provisión y financiamiento. La visión de integralidad en la prestación del servicio de salud es de tal trascendencia, que el Legislador, en el artículo en cuestión, estableció como regla interpretativa que, ante la duda sobre el alcance de determinado servicio o tecnología cubierto por el Estado, habrá de entenderse que incluye el suministro de todos los elementos esenciales para alcanzar el objetivo médico frente a la necesidad de salud diagnosticada.

59. Por otra parte, con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del Sistema de Salud, el artículo 15 de la citada Ley Estatutaria fijó los criterios a tener en cuenta por las autoridades al momento de determinar los bienes y servicios que estarían expresamente excluidos del PBS, a saber: a) que aquéllos tengan como finalidad propósito cosmético o suntuario no relacionado a la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital, b) que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficiencia clínica; c) que no exista evidencia científica sobre su efectividad clínica; d) que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente, e) que se encuentre en fase de experimentación y f) que tengan que ser prestados en el exterior.

60. Ahora bien, la Corte ha considerado que en determinados casos es posible que el juez de tutela excepcione el régimen de exclusiones expresas cuando resulte necesario proteger el derecho fundamental a la salud, siempre y cuando, se acredite que: (i) la ausencia del servicio o tecnología en salud excluido lleve a la amenaza o vulneración de los derechos a la vida o la integridad física del paciente, bien sea porque se pone en riesgo su existencia o se ocasione un deterioro del estado de salud vigente, claro y grave que impida que ésta se desarrolle en condiciones dignas; (ii) no exista dentro del plan de beneficios otro servicio o tecnología en salud que supla al excluido con el mismo nivel de efectividad para garantizar el mínimo vital del afiliado o beneficiario; (iii) el paciente carezca de los recursos económicos suficientes para sufragar el costo del servicio o tecnología en salud y carezca de posibilidad alguna de lograr su suministro a través de planes complementarios de salud, medicina prepagada o programas de atención suministrados por algunos empleadores; y (iv) el servicio o tecnología en salud excluido del PBS haya sido ordenado por el médico tratante del afiliado o beneficiario, profesional que debe estar adscrito a la entidad prestadora de salud a la que se solicita el suministro⁶³.

⁶² Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020. En igual sentido, sentencias T-061 de 2019, T-127 de 2022, T-160 de 2022, entre otras.

⁶³ Corte Constitucional, sentencias C-313 de 2014, SU-508 de 2020, entre otros.

61. Este último requisito encuentra su justificación en que, en la identificación de los servicios y tecnologías requeridos por un paciente para garantizar su salud, resulta decisiva la opinión del médico tratante pues es éste quien cuenta con los conocimientos científicos especializados necesarios para este tipo de valoraciones⁶⁴. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reconocido que de manera excepcional, en los casos en los que no exista prescripción médica, el juez constitucional puede amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico ordenando el suministro de un servicio o tecnología siempre que la necesidad del mismo sea notoria, de manera condicionada a un diagnóstico posterior que ratifique tal determinación⁶⁵; o, sin tener certeza, pero frente a un indicio razonable de afectación a la salud, debe ordenar a la entidad promotora de salud respectiva que disponga lo necesario para que sus profesionales emitan un concepto en el que determinen si un medicamento, servicio o procedimiento es requerido a fin de que sea eventualmente provisto.⁶⁶

G. SUMINISTRO DE SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS EN SALUD EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL DEL MAGISTERIO

62. En desarrollo de lo previsto en el artículo 48 superior, la Ley 100 de 1993 en su artículo 8° creó el Sistema de Seguridad Social Integral como el conjunto de instituciones, normas y procedimientos bajo la dirección, el control y la coordinación del Estado, para el cubrimiento de las contingencias económicas y de salud, así como la prestación de servicios sociales y complementarios de la población -Ley 100 de 1993, artículos 5 a 8-. No obstante, el artículo 279 de la misma normatividad exceptúa de dicho Sistema a los afiliados al FOMAG, quienes cuentan con su propio régimen especial de seguridad social, regulado por la Ley 91 de 1989.

63. Como se indicó en antecedencia *-supra* numerales 30 y 31, el FOMAG es una cuenta especial de la Nación que tiene el carácter de patrimonio autónomo actualmente administrado por Fiduprevisora S.A. Una de sus finalidades consiste en “garantizar la prestación de los servicios médicos asistenciales que contratará con entidades de acuerdo con instrucciones que imparta el Consejo Directivo del Fondo” -Ley 91 de 1989, artículo 5.2-. En este sentido, el Acuerdo 9 de 2016⁶⁷ expedido por dicho Consejo establece en su numeral 2° que “El Plan de salud para los afiliados al FOMAG es integral y será garantizado por el proponente a quien se le asigne el contrato (...) Para los efectos del contrato se entenderá que todo aquello que no esté tipificado explícitamente como una exclusión se entenderá cubierto por el Plan de Beneficios del Magisterio, siempre en cumplimiento de lo dispuesto por las normas que rigen al régimen de excepción” (énfasis añadido)⁶⁸.

64. Asimismo, la cláusula primera del “Contrato para la Prestación de Servicios de Salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica Derivada de los Riesgos

⁶⁴ Corte Constitucional, sentencia T-358 de 2022, que su vez citó las sentencias T-760 de 2008, T-042 de 2013, T-345 de 2013, T-568 de 2014, T-243 de 2015, T-510 de 2015, T-120 de 2017, T-001 de 2018, T-061 de 2019, T-508 de 2019, T-117 de 2020 y T-017 de 2021.

⁶⁵ Corte Constitucional, sentencia T-196 de 2014, reiterada en sentencia SU-508 de 2020.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ “Por medio del cual se modifican los lineamientos para la contratación de los servicios de salud para el magisterio, aprobados en los Acuerdos 6 de 2011 y 1 de 2012”.

⁶⁸ <https://www.fiduprevisora.com.co/wp-content/uploads/2019/12/ACUERDO-009-DE-2016.pdf>

Laborales para los Afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para la región conformada por los Departamentos de Córdoba, Sucre y Bolívar No. 12076-008-2017”, que fuera aportado por Fiduprevisora S.A. en su contestación a la demanda de tutela, define el concepto de cobertura integral en los siguientes términos:

“Plan de Atención en Salud para afiliados y beneficiarios del FNPSM, de conformidad con lo establecido en la Ley 91 de 1989 y en los acuerdos vigentes del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio que comprende todos los servicios médico-asistenciales necesarios para mantener y mejorar su estado de salud, sin limitaciones en el territorio nacional, salvo las exclusiones establecidas en dichos acuerdos, como se especifica en el Anexo No 01” (énfasis añadido).⁶⁹

65. El Anexo No. 01 al que alude la cláusula primera del referido contrato efectivamente contiene el siguiente listado de servicios y tecnologías que se encuentran excluidos del Plan de Atención Integral que cobija a los afiliados al FOMAG:

- “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

⁶⁹ Expediente digital T-9.422.606, archivo “07CONTESTACION.pdf”, p. 12.

contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental y demás elementos de aseo; leches, cremas hidratantes, antisolares, 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.” (énfasis añadido)⁷⁰

66. Como se puede advertir, actualmente el Plan de Atención Integral del régimen de excepción aplicable a los afiliados al FOMAG se aviene a la exigencia de integralidad de la LeS en cuanto a que se rige bajo la misma lógica de exclusiones expresas que el PBS del Régimen General.

H. REGLAS JURISPRUDENCIALES SOBRE EL SUMINISTRO DE PAÑALES A PACIENTES DEL RÉGIMEN DE EXCEPCIÓN DEL FOMAG. Reiteración de jurisprudencia

67. En reiterada jurisprudencia, que empezó a desarrollarse desde antes de la vigencia de la LeS, la Corte Constitucional ha ordenado el suministro de pañales pese a no estar incluidos en los planes de salud, bajo el entendido de que son insumos necesarios para personas que sufren condiciones de salud especiales y tienen como finalidad contener y absorber los desechos fisiológicos de las personas que sufren de incontinencia o tienen movilidad reducida, y, por ende, necesarios para garantizar los derechos a la salud y a la vida en condiciones dignas⁷¹. Incluso frente a pacientes cobijados por el régimen excepcional del magisterio, la corporación ha considerado procedente la entrega de dicho insumo⁷². Al respecto, la Corte ha señalado que si bien el FOMAG en principio puede establecer autónomamente el contenido del plan de beneficios médicos, “la excepcionalidad del régimen propio de los docentes no lo hace ajeno a los principios y valores que en materia salud establece la Constitución Política.”⁷³

68. Con la entrada en vigor de la LeS, y la consecuente adopción del modelo de exclusiones expresas como materialización del carácter integral de la prestación del servicio de salud en sus facetas preventiva, curativa y mitigadora, la jurisprudencia constitucional amplió el alcance de servicios o tecnologías, en el sentido de entender incluidos en el PBS aquellos que si bien no tienen una relación directa con la recuperación de la salud de los pacientes, sí resultan indispensables para preservar su vida en condiciones dignas. Concretamente en relación con el suministro de

⁷⁰ <https://www.fomag.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/Exclusiones-Salud.pdf>.

⁷¹ Corte Constitucional, sentencias T-099 de 1999, T-788 de 2008, T-437 de 2010, T-827 de 2010, T-053 de 2011, T-160 de 2011, T-320 de 2011, T-613 de 2012, T-841 de 2012, T-073 de 2013, T-815 de 2014, entre otras.

⁷² Corte Constitucional, sentencias T-1219 de 2003, T-827 de 2010, T-139 de 2011, T-680 de 2013, T-933A de 2013, T-118 de 2014, T-547 de 2014.

⁷³ Corte Constitucional, sentencia T-547 de 2014, citando la sentencia T-515A de 2006.

pañales, en sentencia SU-508 de 2020 la Corte reiteró su criterio en cuanto a que “son insumos necesarios para personas que padecen especialísimas condiciones de salud” y 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.”

69. En tal virtud, y a la luz de los principios que gobiernan el modelo de exclusiones explícitas del PBS bajo el marco de la LeS, en el citado pronunciamiento se concluyó que “los pañales son tecnologías en salud incluidas implícitamente en el PBS”, y decantó las siguientes reglas para su otorgamiento, a partir de tres escenarios posibles:

Reglas para el suministro de pañales desarrolladas por la sentencia SU-508 de 2020

Escenario	Regla
Existe prescripción médica que ordena el uso de pañales	Por regla general el juez de tutela debe ordenar su suministro por tratarse de una tecnología incluida en el PBS, y su negación “constituye una afrenta al derecho fundamental a la salud y al estado constitucional de derecho.” ⁷⁴
No existe prescripción médica, pero es notorio que el paciente requiere el uso de pañales.	De manera excepcional el juez de tutela puede ordenar su suministro, pero condicionado a la posterior ratificación de la necesidad por parte del médico tratante.
No existe prescripción médica y no hay pruebas que demuestren que el paciente requiere el uso de pañales	El juez de tutela puede amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenar la valoración médica del paciente para que se determine la necesidad o no del uso de pañales.
Regla transversal: al estar los pañales incluidos en el PBS, no es dado exigir prueba de incapacidad económica para ordenar su suministro, en los casos en los que esto último proceda.	

70. Ahora bien, es cierto que las anteriores reglas se desarrollaron al revisar casos originados en la prestación del servicio de salud en el marco del Régimen General de Seguridad Social, pero también lo es que esta corporación recientemente ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la entrega de pañales a pacientes cobijados por el régimen de excepción del Magisterio, cuyo plan integral de atención médica excluye de manera expresa dicha tecnología. Antes de la sentencia SU-508 de 2020, la Corte consideraba que, al estar expresamente excluidos del Plan Integral de Salud del Magisterio, la posibilidad de ordenar por vía de tutela la entrega de pañales se

⁷⁴ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

sujetaba a las reglas jurisprudenciales para el suministro de servicios y tecnologías no cubiertos por los regímenes de salud⁷⁵.

71. Luego de que la sentencia SU-508 de 2020 precisara que los pañales están implícitamente incluidos en el PBS del régimen general, la Corte determinó que “no es posible que el Plan Integral en Salud del magisterio excluya de la cobertura servicios o tecnologías en salud que forman parte del PBS. Los pañales forman parte del PBS del SGSSS y, por lo tanto, deben estar incluidas en el Plan Integral de Salud del Magisterio y ser suministradas a los docentes afiliados y sus beneficiarios.”⁷⁶

72. A la anterior conclusión arribó la Corte tras ponderar que (i) la jurisprudencia constitucional ha considerado que es posible aplicar las reglas que se han establecido para el régimen general al régimen especial del Magisterio; (ii) los afiliados a este último no pueden quedar al margen los avances normativos y jurisprudenciales en materia de contenido y alcance del derecho fundamental a la salud -v.gr. LeS y sentencia SU-508 de 2020-. Por consiguiente (iii) les corresponde a las entidades a cargo del régimen especial acatar tales avances y actualizar, conforme a éstos, las listas de exclusiones de su plan de atención integral⁷⁷.

I. REGLAS PARA ORDENAR EL SERVICIO DE ENFERMERÍA POR VÍA DE TUTELA. Reiteración de jurisprudencia

73. La precitada sentencia SU-508 de 2020 también unificó la jurisprudencia constitucional sobre la prestación del servicio de enfermería. Al respecto, indicó que consiste en “la modalidad de prestación de servicios de salud extrahospitalaria, que busca brindar una solución a los problemas de salud en el domicilio o residencia y que cuenta con el apoyo de profesionales, técnicos o auxiliares del área de la salud y la participación de la familia. Este servicio se circunscribe únicamente al ámbito de la salud y procede en casos de enfermedad en fase terminal y de enfermedad crónica, degenerativa e irreversible de alto impacto en la calidad de vida, sin que en ningún caso sustituya el servicio de cuidador.” Asimismo, dicha providencia determinó que el mencionado servicio se encuentra incluido en el PBS, y fijó las siguientes reglas para ordenar su suministro por vía de tutela:

Reglas sobre el servicio de enfermería desarrolladas por la sentencia SU-508 de 2020

Escenario	Regla
Existe prescripción médica que ordena el servicio de enfermería	El juez de tutela debe ordenar su suministro por estar incluido en el PBS y haber sido ordenado por el médico tratante. ⁷⁸
No existe prescripción médica.	“[E]l juez constitucional podrá amparar el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico cuando se advierta la

⁷⁵ Corte Constitucional, sentencias T-248 de 2016 y T-245 de 2020, reseñadas en sentencia T-050 de 2023.

⁷⁶ Corte Constitucional, sentencia T-050 de 2023, reseñando lo resuelto en sentencia T-322 de 2022.

⁷⁷ Corte Constitucional, sentencia T-322 de 2022.

⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-508 de 2020.

Escenario	Regla
	necesidad de impartir una orden de protección.” ⁷⁹

J. ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

74. Para el momento de la instauración del amparo, *Emilia*, de 87 años, era beneficiaria del régimen especial de salud del Magisterio y recibía atención médica a través de *la IPS*. A continuación, la Sala se referirá a cada uno de los servicios o tecnologías reclamados en la demanda de tutela, con el fin de determinar si existió o no vulneración de sus garantías fundamentales, de acuerdo con las reglas normativas y jurisprudenciales expuestas en los anteriores apartados.

75. Primero, en relación con la presunta no entrega de la totalidad de los *medicamentos* formulados a la agenciada, no existe en el expediente ninguna prueba que acredite cuáles medicamentos le han sido prescritos por el galeno tratante a la agenciada, y no suministrados por la accionada. Durante el trámite de revisión la Sala requirió a la accionante para que remitiera las órdenes médicas que soportaban la formulación de los medicamentos pretendidos con la demanda de tutela, pero ésta guardó silencio *-supra* Sección I F-. Ante la falta de prueba de la no entrega de medicamentos debidamente formulados a la agenciada, mal podría atribuírsele a la accionada una vulneración de derechos fundamentales por tal circunstancia, se reitera, no probada.

76. Segundo, igual sucede con el *suplemento alimenticio* reclamado. No existe ninguna prueba que acredite que la existencia de orden médica que haya prescrito a la agenciada dicho insumo, por lo que no es dado concluir una vulneración de sus derechos con ocasión de su no suministro.

77. Tercero, con respecto a los *pañales*, no existe en el expediente orden médica prescribiéndolos, y, en todo caso, *la IPS* señaló en su contestación que éstos se encuentran expresamente excluidos del Plan de Atención Integral a los pacientes cobijados por el régimen especial del Magisterio. Al respecto, no es aceptable que, en la actualidad, a los afiliados al régimen de salud del Magisterio se les niegue el suministro de pañales ordenados por el médico tratante bajo el argumento de que se encuentran excluidos del respectivo plan de beneficios, cuando han transcurrido casi tres años desde que la Corte unificó su jurisprudencia sobre la inclusión de dicha tecnología en el PBS *-sentencia SU-508 de 2020-*, y aproximadamente un año desde que esta corporación le ordenó al FOMAG y a su vocera actualizar el listado de exclusiones en materia de pañales de acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 de 2015 y la precitada sentencia SU-508 de 2020 *-sentencia T-332 de 2022-*.

78. En el presente caso, para la fecha en que la actora solicitó los pañales a favor de su progenitora *-23 de enero de 2023-*, suficiente claridad existía sobre la inclusión de tales elementos en el PBS y la extensión de dicha regla al régimen especial del Magisterio, así como una orden judicial en el sentido de actualizar los listados de exclusiones conforme a dicho entendimiento, por lo que no era dado que la accionada

⁷⁹ *Ibidem*.

negara su entrega bajo el pretexto de que aquéllos se encuentran expresamente excluidos del plan de atención integral. Con esta postura, *la IPS* vulneró los derechos fundamentales de *Emilia* a la salud y a la vida en condiciones dignas.

79. Cabe anotar que la Sala no desconoce que las entidades rectoras del régimen especial de salud del Magisterio gozan de autonomía para consolidar el Plan de Atención Integral a sus afiliados; no obstante, como se indicó *-supra* numeral 72- ésta debe avenirse a las reglas normativas y jurisprudenciales sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud. Tampoco desconoce la Sala que tanto la elaboración del Plan de Atención Integral como la actualización progresiva de los listados de exclusiones deben atender los parámetros de sostenibilidad financiera del sistema, pero en el presente caso ningún elemento de juicio pusieron de presente las entidades accionada y vinculada sobre este particular, como para que la Sala considere que con la entrega de los pañales requeridos por la actora se pone en riesgo la sostenibilidad financiera del régimen especial del Magisterio.

80. Por lo expuesto, el análisis llevado a cabo por el juez de tutela de primera y única instancia *-supra* numeral 16- desconoció los estándares jurisprudenciales aplicables a la entrega de pañales por vía de tutela. Si bien no existía orden médica prescribiendo tales tecnologías, del estado de salud reflejado en la historia clínica de la agenciada *-paciente de 87 años con enfermedad de Alzheimer, dolor y deformidades en las manos, limitación en la movilidad, entre otros diagnósticos-*, era razonable concluir que efectivamente requería de dichos elementos ante la imposibilidad de atender cabalmente sus necesidades fisiológicas por su propia cuenta. En consecuencia, conforme a las reglas jurisprudenciales aplicables *-supra* Sección II H-, el juez de instancia debió ordenar el suministro de tales elementos, pero sujeto a una posterior ratificación de médico tratante sobre su necesidad. Tampoco es acertada la consideración del juez de instancia en cuanto a que la agenciada tendría capacidad económica para sufragar los pañales por su cuenta, puesto que, al tratarse de tecnologías que deberían estar incluidas en el Plan de Atención Integral en Salud, su entrega por vía de tutela no dependía de dicho factor.

81. Cuarto, en relación con el *servicio de enfermería y atención en casa*, en el expediente no hay prueba de órdenes médicas en dicho sentido, por lo que no se les podría atribuir a las accionada y vinculada una vulneración por dicho concepto. Sin embargo, a la luz de las reglas jurisprudenciales aplicables *-supra* Sección II I- atendiendo las condiciones de salud de la agenciada *-supra* numeral 80-, el juez de instancia pudo haber amparado el derecho a la salud en su faceta de diagnóstico, y ordenarle a la accionada llevar a cabo una valoración médica a efecto de determinar si aquella requería o no de dichos servicios.

82. En conclusión, la Sala encuentra que *la IPS* y Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del FOMAG vulneraron los derechos fundamentales de *Emilia* a la salud y a la vida digna, con ocasión de la no entrega de los pañales solicitados por su agente oficiosa bajo el argumento de que están excluidos del Plan de Atención Integral en salud del Magisterio. Dicha vulneración es atribuible tanto a *la IPS* por ser la encargada de brindar la atención médica integral a la paciente, y a Fiduprevisora S.A. por recaer sobre ella un orden judicial previa *-sentencia T-322 de 2022-* en el sentido de actualizar los listados de exclusiones en materia de pañales de

acuerdo con la LeS y la sentencia SU-508 de 2020, que, por lo visto en el presente trámite, al parecer no ha sido cabalmente acatada. Es claro que ante el infortunado fallecimiento de la agenciada no hay lugar a emitir órdenes dirigidas al restablecimiento de sus derechos, pero la Sala sí conminará a dichas entidades para que, a futuro, apliquen a cabalidad los preceptos de la LeS y la jurisprudencia constitucional sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud en lo concerniente al suministro de pañales. Asimismo, de manera particular se conminará a Fiduprevisora S.A. a que realice las gestiones necesarias para el inmediato cumplimiento de lo ordenado en la sentencia T-332 de 2022, relacionado con la actualización del listado de exclusiones del plan de atención integral en salud del magisterio en materia de pañales, de acuerdo con la Ley Estatutaria 1751 y la sentencia SU-508 de 2020.

83. Por otra parte, la Sala también colige que el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería desatendió las reglas jurisprudenciales aplicables en materia de suministro de pañales y del servicio de enfermería y atención en casa, razón por la cual lo requerirá para que, a futuro, ejerza su función de juez constitucional con pleno acatamiento de tales directrices.

K. SÍNTESIS DE LA DECISIÓN

84. La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional estudió el proceso de tutela promovido por *Mariana*, como agente oficiosa de su madre *Emilia*, contra la *IPS* trámite al que fue vinculada Fiduprevisora S.A. como vocera y administradora del FOMAG. En síntesis, la demanda de tutela planteaba la vulneración de los derechos fundamentales de *Emilia* a la salud, vida, integridad física y dignidad humana, con ocasión de la omisión en el suministró de la totalidad de medicamentos, pañales y suplemento alimenticio requeridos por ésta, así como en la provisión de atención médica domiciliaria y servicio de enfermería.

85. Tras constatar el cumplimiento de los requisitos generales de procedencia del amparo, la Sala verificó que en el presente caso se configuró una carencia actual de objeto por situación sobreviniente, con ocasión del fallecimiento de la agenciada durante el proceso de tutela, pero sin que existan elementos de juicio para concluir que su deceso fue consecuencia de la no entrega de los insumos, servicios y tecnologías reclamados a través del amparo. No obstante, la Sala encontró necesario emitir un pronunciamiento de fondo con el fin de referirse al alcance de las reglas jurisprudenciales vigentes en materia del derecho a la salud, frente a las personas pertenecientes al régimen de excepción del Magisterio.

86. Con este objeto, la Sala se propuso establecer si las entidades accionada y vinculada vulneraron los derechos fundamentales de *Emilia* al negarle la entrega de medicamentos, suplemento alimenticio, pañales, servicio de enfermería y atención domiciliaria. Para tal efecto, la Sala reiteró la jurisprudencia constitucional sobre (i) el contenido y alcance del derecho fundamental a la salud a la luz de los preceptos incluidos en la Ley Estatutaria 1751 de 2015, (ii) el acceso a servicios y tecnologías en salud -régimen de inclusión y exclusión-; (iii) ahondó en las reglas jurisprudenciales relativas al suministro de servicios y tecnologías en salud en el Régimen Especial de Seguridad Social del Magisterio; y reafirmó las reglas

jurisprudenciales aplicables en materia de (iv) suministro de pañales y (v) servicio de enfermería y atención domiciliaria. En concreto, la Sala destacó que tales reglas aplican también al régimen de excepción del Magisterio, pues se fundamentan en los contenidos de la Ley Estatutaria 1751 de 2015 que regula el derecho a la salud y en la interpretación que la Corte Constitucional ha hecho sobre el contenido y alcance de dicha garantía fundamental.

87. Al analizar el caso concreto, la Sala determinó que (i) no hay prueba de vulneración de derechos por la no entrega de medicamentos y del suplemento alimenticio toda vez que no se acreditó que estos hayan sido ordenados por médico tratante a la agenciada; (ii) las entidades accionada y vinculada vulneraron ellos derechos de *Emilia* a la salud y a la vida en condiciones dignas por la omisión en entregar los pañales requeridos por ésta bajo el pretexto de que se encuentran excluidos del Plan de Atención Integral del Magisterio, toda vez que esto desconoce el concepto de integralidad de la prestación del servicio médico contenido en la Ley 1751 de 2015 así como la jurisprudencia constitucional sobre la materia, así como la orden judicial que previamente se le había impartido al FOMAG y a su administradora y vocera en el sentido de actualizar sus listados de exclusiones en materia de suministro de pañales; y (iii) no hay prueba de vulneración de derechos por la no provisión del servicio de enfermería y atención en casa debido a que no se encontró orden médica que así lo prescribiera, pero el juez de tutela de instancia pudo haber amparado el derecho en su faceta de diagnóstico, y ordenar una valoración médica para efectos de establecer la necesidad o no de dicho servicio. Adicionalmente, (iv) la corporación constató falencias por parte del juez de tutela de primera instancia toda vez que no examinó el caso a la luz de la jurisprudencia en vigor sobre la materia.

88. En consecuencia, la Sala Quinta de Revisión decidió revocar la sentencia de instancia que había negado el amparo y en su lugar declarar la carencia actual de objeto por situación sobreviniente y se dispuso requerir al Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería para que, futuro, ejerza su función de juez constitucional con pleno acatamiento de las reglas jurisprudenciales aplicables en materia del contenido y alcance del derecho fundamental a la salud, en particular, con respecto al suministro de pañales y del servicio de enfermería y atención en casa.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero. - REVOCAR la sentencia de tutela proferida el 22 de marzo de 2023 por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería que negó la acción de tutela por *Mariana* como agente oficiosa de *Emilia*, y en su lugar **DECLARAR LA CARENCIA ACTUAL DE OBJETO** por situación sobreviniente.

Segundo. - REQUERIR al Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería para que, a futuro, ejerza su función de juez constitucional con pleno acatamiento de las reglas jurisprudenciales aplicables en materia del contenido y alcance del derecho fundamental a la salud, en particular, con respecto al suministro de pañales y del servicio de enfermería y atención en casa.

Tercero. - Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese y cúmplase.

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado
Con salvamento parcial de voto

PAOLA ANDREA MENESES MOSQUERA
Magistrada

ANDREA LILIANA ROMERO LOPEZ
Secretaria General

**SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DEL MAGISTRADO
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
A LA SENTENCIA T-523/23**

Expediente: T-9.422.606

Solicitud de tutela presentada por *Mariana*, como agente oficiosa de *Emilia*, en contra de la *IPS* y otro

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de la mayoría, presento las razones de mi salvamento parcial de voto a la decisión adoptada en la Sentencia T-523 de 2023, en la que la Sala Quinta de Revisión revocó el fallo de tutela dictado por el Juzgado Tercero Civil Municipal de Montería y, en su lugar, declaró la carencia actual de objeto por hecho sobreviniente.

En efecto, comparto la anterior decisión pues, de un lado, el fallo revocado negó el amparo de los derechos fundamentales de la agenciada a pesar de que sus garantías fueron vulneradas al no suministrarle los insumos, los servicios y los medicamentos que requería para el manejo de sus múltiples enfermedades. Y, de otro lado, porque se demostró que el fallecimiento de la agenciada generó una carencia actual de objeto por un hecho sobreviniente.

Sin embargo, me aparto parcialmente de la decisión porque tiene una incoherencia entre la parte considerativa y la parte resolutive. Lo anterior porque, a pesar de que en el análisis del caso concreto se constató la vulneración de los derechos fundamentales de la agenciada, lo cierto es que en el resolutive no se incorporó esa conclusión.

La mencionada incoherencia no puede justificarse con el argumento de la carencia actual de objeto, porque esta declaración no le impide al juez de tutela determinar si existió o no la vulneración de los derechos fundamentales que el accionante estimó afectados al momento de presentar la solicitud de tutela, como paso a explicar.

Alcance del artículo 86 de la Constitución y de la carencia actual de objeto. Según el inciso primero del artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela está diseñada para reclamar la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas cuando estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares. Como consecuencia de la constatación de la vulneración o de la amenaza, el juez debe dictar una orden para que el accionado actúe o se abstenga de hacerlo.

Ahora, la carencia actual de objeto le impide al juez constitucional adoptar medidas efectivamente dirigidas a amparar los derechos y satisfacer las pretensiones elevadas en la solicitud de tutela. Con todo, la configuración de una carencia actual de objeto no impide que el juez constitucional se pronuncie acerca de la existencia o no de la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales, pues esa declaración no se puede obviar con sustento en hechos posteriores a los que motivaron la presentación de la solicitud de amparo. Entonces, los efectos de la carencia actual de objeto recaen sobre las órdenes particulares y concretas que podrían ser necesarias para detener la afectación, ante la desaparición del objeto de amparo.

Así las cosas, si bien en el caso estudiado era claro que carecía de objeto dictar una orden para satisfacer la pretensión de entrega de los medicamentos, los insumos y la enfermera o la atención domiciliaria, porque, para el momento en que se revisó el fallo de tutela, lamentablemente la agenciada había fallecido, ello no implica que, con fundamento en la carencia actual de objeto, la Sala perdiera competencia para estudiar y determinar si se vulneraron o no sus derechos fundamentales, sin acudir a una orden concreta para remediar la situación.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado