



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE NORTE DE SANTANDER
JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA

San José de Cúcuta, dos (02) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICADO: 54-001-31-05-003-2023-00040-00
ACCIONANTE: LUCY ELENA SOLANO SOLANO
ACCIONADO: FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO; UNIÓN TEMPORAL RED INTEGRAL FOSCAL – CUB; CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA

Con fundamento en lo consagrado en el artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, reglamentado a través de los Decretos 2591 de 1991 y 1382 de 2000, procede el Despacho a decidir la acción de tutela de la referencia, conforme a los antecedentes y consideraciones que a continuación se expondrán.

1. ANTECEDENTES

1.1. Fundamento fáctico de la acción:

Refiere la accionante que el 03 de diciembre del año 2022 le fue diagnosticado un *HEMATOMA SUBDURAL O EPIDURAL*, producto del cual padece de *PARAPLEJIA FLÁCIDA*, consistente en una parálisis total desde la altura de su pecho hasta los pies, por lo que no puede *valerse por sí misma*, se encuentra *postrada en silla de ruedas*, no tiene movimientos autónomos, sensación cutánea, control de esfínteres, disfuncionalidad intestinal, requiriendo ayuda de un tercero las 24 horas del día.

Expone que, en razón a lo anterior, su médico especialista en neurocirugía tratante el 21 de diciembre del año 2022 le prescribió un cuidador por 24 horas, concepto que fue ratificado por el médico domiciliario en visita realizada el 22 de diciembre siguiente, el cual solicitó a la **UNIÓN TEMPORAL FOSCAL-CUB**, ya que es docente adscrita al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, sin que a la fecha este servicio le hubiese sido suministrado.

Por otra parte, informa que su núcleo familiar está compuesto por su esposo quien tiene 58 años, es desempleado, sufre de hipertensión, diabetes y dolores de espalda y cintura por los que acude al médico frecuentemente, situación que le impide alzarla para subir y bajar de la cama, llevarla a la silla de ruedas y bañarla, ya que ella pesa 70 kg. Que además tiene un hijo que vive en la ciudad de Bogotá desde hace 12 años y tiene a su cargo a compañera permanente y a su hija de 21 meses de edad y su hermano trabaja, se hace cargo de su propia familia, sin tener más familiares con los que pueda contar para su cuidado.

Finalmente, manifiesta que no cuenta con los recursos económicos para costear de manera particular el servicio de cuidador pues recibe como salario la suma de \$2.719.750, con el que sostiene su hogar pues su esposo no labora y este servicio 24 horas cuesta alrededor de \$2.000.000.

1.2. Derechos fundamentales cuya protección se invoca:

La parte actora considera vulnerados sus derechos fundamentales a la salud, vida y seguridad social.

1.3. Pretensiones:

En amparo de los anteriores derechos fundamentales, la accionante pretende le sea ordenado a la parte accionada la autorización y suministro de un cuidador por 24 horas, conforme lo conceptuado por sus médicos tratantes.

1.4. Actuación procesal:

La acción de tutela se presentó el 20 de enero de la presente anualidad, y luego de ser sometida a reparto y habiendo correspondido a este Despacho, se dispuso su admisión a través de proveído de la misma fecha, notificándose tal actuación a las partes para garantizar su derecho a la defensa.

1.5. Posición del extremo pasivo de la litis:

1.5.1. La **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** se opone a la prosperidad de las pretensiones de la acción de tutela, argumentando que no cuenta con soportes médicos que ordenen el servicio de cuidador o enfermería, sin que sea la escala de Barthel un parámetro para determinar la necesidad de los mismos, siendo tratada por terapia ocupacional, psicología, medicina general, enfermería y nutrición en su domicilio.

Adicionalmente, considera que el apoyo en las necesidades básicas de la señora **LUCY SOLANO** debe ser brindado por su esposo quien es beneficiario del régimen de salud de la prenombrada y según su historial médico es una persona que está en buen estado de salud, camina, habla, consciente, orientado, en buen estado físico a pesar de las patologías de diabetes e hipertensión que no limitan su capacidad física y puede hacerse cargo de los cuidados de su esposa.

Finalmente, aclara que esta entidad corresponde a una IPS, por lo que es el **FOMAG** a través de la **FIDUPREVISORA S.A.** el encargado de cubrir y administrar los recursos económicos del régimen de excepción del magisterio y asegurar las necesidades de los docentes que no se encuentran contratadas con esta IPS, como ocurre con el servicio de cuidador, que está excluido del contrato suscrito con la **FIDUPREVISORA S.A.**; por lo que de manera subsidiaria solicita se ordene el recobro de los gastos que se puedan generar por las prestaciones médicas que requiere la accionante al **FOMAG**.

1.5.2. El **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de vocera y administradora, manifiesta que con tiene competencia para la prestación, autorización o suministro de servicios de salud o administrar planes de beneficios, pues esto es deber de la **UNIÓN TEMPORAL**, sin que sea esta entidad su superior jerárquico, concluyendo que se configura la causa de legitimación en la causa por pasiva.

1.5.3. La **CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA**, solicita su desvinculación de la acción de tutela pues es a la **UT RED INTEGRADA FOSCAL -CUB** quien suscribió el contrato de licitación pública con la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** para prestar los servicios de salud a sus afiliados al régimen de excepción del magisterio.

2. CONSIDERACIONES

2.1. Problema Jurídico:

En consideración a las circunstancias fácticas que dieron origen a la tutela de la referencia, corresponde a esta Judicatura determinar si *¿las entidades accionadas vulneran los derechos fundamentales de la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO** al no autorizar y/o materializar el servicio de cuidador prescrito por sus médicos tratantes?*

2.2. Tesis del Despacho:

En el sub examine encuentra e Despacho que la señora **LOSANO LOSANO** cumple con los presupuestos jurisprudenciales que se expondrán a continuación para ordenar vía tutela el servicio de cuidador negado por las accionadas, situación que trasgrede sus derechos fundamentales a la salud y seguridad social.

2.3. Argumentos que desarrollan la tesis del Despacho:

2.3.1. Fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables:

2.3.1.1. Generalidades de la acción de tutela:

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial, a través del cual, toda persona puede reclamar ante el juez competente la “protección inmediata de sus derechos fundamentales, **cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública**”. (Negrilla fuera de texto)

A su vez, el artículo 5° del Decreto 2591 de 1991, “por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, señala que “la acción de tutela procede contra toda acción u omisión de las autoridades públicas, **que haya violado, viole o amenace violar** los derechos constitucionales fundamentales” (Negrilla fuera de texto). Del mismo modo, hace extensivo dicho mandato a los particulares, en los casos específicamente determinados en la ley.

2.3.1.2. Del Derecho fundamental a la Salud:

La H. Corte Constitucional en reiteradas ocasiones ha creado una línea jurisprudencial en relación con la procedencia de adquirir la protección del derecho a la salud por intermedio de la acción de tutela, en la cual se ha indicado que el derecho a la salud es de arraigo fundamental al ser humano, por este motivo es deber tanto del Estado, como de los particulares comprometidos con la prestación del servicio público de salud, desplegar un conjunto de tareas, actividades o actuaciones encaminadas a garantizar el debido amparo de este derecho.¹

El derecho fundamental a la salud, ha sido definido como “la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser.”² Esta definición indica la necesidad de garantizar al individuo una vida en condiciones de dignidad, toda vez que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales; así lo ha indicado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: “La salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente. La efectividad del derecho a la salud se puede alcanzar mediante numerosos procedimientos complementarios, como la formulación de políticas en materia de salud, la aplicación de los programas de salud elaborados por la Organización Mundial de la Salud (OMS) o la adopción de instrumentos jurídicos concretos”

De igual manera, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido presupuestos para la procedencia del amparo del derecho a la salud por vía de tutela, estableciendo que deben presentarse los siguientes casos: “(i) falta de reconocimiento de prestaciones incluidas en los planes obligatorios, siempre que su negativa no se haya fundamentado en un criterio estrictamente médico y, (ii) falta de reconocimiento de prestaciones excluidas de los planes obligatorios, en situaciones en que pese a la necesidad de garantizarlas de manera urgente, las personas no acceden a ellas a causa de la incapacidad económica para asumirlas. En estos eventos, el contenido del derecho a la salud no puede ser identificado con las prestaciones de los planes obligatorios.”³

La salud, en su concepción de derecho fundamental, debe ser garantizada bajo criterios de dignidad humana que exigen su protección tanto en la esfera biológica del ser humano como en su esfera mental. En este sentido, el derecho a la salud no solo protege la mera existencia física de la persona, sino que se extiende a la parte psíquica y afectiva del ser humano.

Es así, que para que se materialice la protección del derecho fundamental a la salud todas las entidades prestadoras del servicio deben procurar que sus afiliados puedan tener un goce efectivo, óptimo y oportuno del mismo, pues, como se indicó, la salud compromete el ejercicio de distintos derechos, en especial el de la vida y el de la dignidad; derechos que deben ser garantizados por el Estado Colombiano de conformidad con los mandatos internacionales, constitucionales y jurisprudenciales.⁴

En desarrollo del derecho constitucional a la salud, la Ley 100 de 1993 ha prescrito que “todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud recibirán un Plan Integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales, que será denominado el Plan Obligatorio de Salud”⁵, siendo responsabilidad del Estado y las promotoras de salud la prestación de los servicios, medicamentos y procedimientos que requieran los usuarios para el diagnóstico, recuperación o rehabilitación de la salud.

2.2.1.3. Principio de integralidad del Derecho Fundamental a la Salud.

¹ Sentencia T-999/08.

² Sentencia T-597/93, reiterada en las sentencias T-454/08 y T-566/10.

³ Sentencia T-999/08.

⁴ Sentencia T-816/08.

⁵ Artículo 156 literal c) Ley 100 de 1993.

De acuerdo con el artículo 2º, literal d) de la Ley 100 de 1993 la integralidad, en el marco de la Seguridad Social, debe entenderse como *“la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley”*.

Dicho criterio es desarrollado por la Ley Estatutaria de Salud – Ley 1751 de 2015 – en cuyo artículo 8 dispone:

“La integralidad. 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.”

En ese contexto, sostuvo la H. Corte Constitucional en sentencia T-171 de 2018 que el principio de integralidad que prevé la precitada ley opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal. En ese sentido, destacó la Corte que el servicio *“se debe encaminar a la protección constitucional del derecho fundamental a la salud, es decir que, a pesar del padecimiento y además de brindar el tratamiento integral adecuado, se debe propender a que el entorno [del paciente] sea tolerable y digno”*.

En virtud del principio en comento, las entidades encargadas de la prestación del servicio de salud deben autorizar, practicar y entregar los medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles y seguimientos que el médico considere indispensables para tratar las patologías de un paciente, *“(…) sin que les sea posible fraccionarlos, separarlos, o elegir alternativamente cuáles de ellos aprueba en razón del interés económico que representan”*⁶. Ello con el fin, no solo de restablecer las condiciones básicas de vida de la persona o lograr su plena recuperación, sino de procurarle una existencia digna a través de la mitigación de sus dolencias.

Al respecto, la H. Corte Constitucional, en sentencia T-209 del 2013, indicó que: *“(…) que existe una serie de casos o situaciones que hacen necesario brindar una atención integral al paciente, independientemente de que el conjunto de prestaciones pretendidas se encuentren por fuera del Plan Obligatorio de Salud -POS-, tratándose de: (i) sujetos de especial protección constitucional (menores, adultos mayores, desplazados(as), indígenas, reclusos(as), entre otros); o de (ii) personas que padezcan enfermedades catastróficas (sida, cáncer, entre otras)”*. (Negrilla del Despacho)

Así mismo, la Corte en reciente sentencia T-081 de 2019, ha señalado que tal principio no puede entenderse solo de manera abstracta. Por ello, para que un juez de tutela ordene el tratamiento integral a un paciente, debe verificarse lo siguiente:

“(…) (i) que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos quirúrgicos o la realización de tratamientos dirigidos a obtener su rehabilitación, poniendo así en riesgo la salud de la persona, prolongando su sufrimiento físico o emocional, y generando complicaciones, daños permanentes e incluso su muerte; y (ii) que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico, especificando los servicios que necesita el paciente. La claridad que sobre el tratamiento debe existir es imprescindible porque el juez de tutela está impedido para decretar mandatos futuros e inciertos y al mismo le está vedado presumir la mala fe de la entidad promotora de salud en el cumplimiento de sus deberes. (…)” (Negrilla del Despacho)

Así, cuando se acrediten estas dos circunstancias, el juez constitucional debe ordenar a la EPS encargada la autorización y entrega ininterrumpida, completa, diligente y oportuna de los servicios médicos necesarios que el médico tratante prescriba para que el paciente restablezca su salud y mantenga una vida en condiciones dignas. Esto con el fin de garantizar la continuidad en el servicio y evitar la presentación constante de acciones de tutela por cada procedimiento que se dictamine⁷.

Del mismo modo, el máximo tribunal constitucional ha sostenido que el médico tratante debe determinar cuáles son las prestaciones que requiere el paciente, de acuerdo con su patología. De no

⁶ Sentencia T-760 de 2008.

⁷ Sentencia T-387 de 2018.

ser así, le corresponde al juez constitucional determinar, bajo qué criterios se logra la materialización de las garantías propias del derecho a la salud. En tal sentido, la Corte mediante sentencia T- 406 de 2015 sostuvo:

“Ahora bien, en los supuestos en los que el conjunto de prestaciones que conforman la garantía integral del derecho a la salud no estén necesariamente establecidos a priori, de manera concreta por el médico tratante, la protección de este derecho conlleva para juez constitucional la necesidad de hacer determinable la orden en el evento de conceder el amparo, por ejemplo, (i) mediante la descripción clara de una(s) determinada(s) patología(s) o condición de salud diagnosticada por el médico tratante, (ii) por el reconocimiento de un conjunto de prestaciones necesarias dirigidas a lograr el diagnóstico en cuestión; o (iii) por cualquier otro criterio razonable.

De tal suerte, que el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez o jueza de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.” (Negrilla del Despacho)

2.2.1.4. El suministro del servicio domiciliario de enfermería y cuidador en el Plan de Beneficios en Salud.

La Resolución 5269 de 2017⁸ se refiere a la atención domiciliaria como una *“modalidad de prestación de servicios de salud extra hospitalaria 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”*⁹. De manera puntual, el artículo 26 de la misma resolución establece que esta atención podrá estar financiada con recursos de la UPC, siempre que el médico tratante así lo ordene para asuntos directamente relacionados con la salud del paciente.

En consecuencia, la atención domiciliaria es un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, que debe ser asumido por las EPS siempre: (i) que medie el concepto técnico y especializado del médico tratante, el cual deberá obedecer a una atención relacionada con las patologías que padece el paciente; y (ii) que de la prestación del servicio no se derive la búsqueda de apoyo en cuidados básicos o labores diarias de vigilancia, propias del deber de solidaridad del vínculo familiar¹⁰, en concordancia con principios de razonabilidad y proporcionalidad. Por lo tanto, cuando se está en presencia de asuntos vinculados con el mero cuidado personal, la empresa promotora de salud en virtud de la jurisprudencia no tiene la obligación de asumir dichos gastos¹¹.

Así, para que las EPS asuman la prestación de la atención domiciliaria, esta Corporación ha sido clara en señalar que *“sólo un galeno es la persona apta y competente para determinar el manejo de salud que corresponda y ordenar los procedimientos, medicamentos, insumos o servicios que sean del caso”*¹². Por ende, el juez de tutela no puede arrogarse las facultades de determinar la designación de servicios especializados en aspectos que le resultan por completo ajenos a su calidad de autoridad judicial, que, por la materia, están sujetos a la *lex artis*¹³.

Ahora bien, la jurisprudencia ha diferenciado entre dos categorías diferentes, en atención al deber constitucional de proteger la dignidad humana: los servicios de enfermería y los de cuidador, en donde los primeros se proponen asegurar las condiciones necesarias para la atención especializada de un paciente y los segundos, se encuentran orientados a brindar el apoyo físico necesario para que una persona pueda desenvolverse en sociedad y realizar las actividades básicas requeridas para asegurarse una vida digna, en virtud del principio de solidaridad.

⁸ “Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC)”.

⁹ Artículo 8º, numeral 6º de la Resolución 5269 de 2017.

¹⁰ Sentencia T-226 de 2015.

¹¹ Textualmente, el artículo en comento dispone que: “Atención domiciliaria. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está financiada con recursos de la UPC en los casos que considere pertinente el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Esta financiación está dada solo para el ámbito de la salud.

PARÁGRAFO: En sustitución de la hospitalización institucional, conforme con la recomendación médica, las EPS o las entidades que hagan sus veces, serán responsables de garantizar que las condiciones en el domicilio para esta modalidad de atención, sean las adecuadas según lo dispuesto en las normas vigentes”.

¹² Sentencia T-345 de 2013.

¹³ Sentencia T-226 de 2015.

Al respecto, la Sentencia T-154 de 2014 determinó que el servicio de cuidador: (i) es prestado generalmente por personas no profesionales en el área de la salud; (ii) a veces los cuidadores son familiares, amigos o sujetos cercanos; (iii) es prestado de manera prioritaria, permanente y comprometida mediante el apoyo físico necesario para que la persona pueda realizar las actividades básicas y cotidianas, y aquellas que se deriven de la condición médica padecida que le permitan al afectado desenvolverse adecuadamente; y (iv) representa un apoyo emocional para quien lo recibe¹⁴.

En efecto, en virtud del principio de solidaridad, este apoyo necesario puede ser brindado por familiares, personas cercanas o un cuidador no profesional de la salud¹⁵. La Corte ha señalado, de hecho, que **el servicio de cuidador no es una prestación calificada cuya finalidad última sea el restablecimiento de la salud de las personas, aunque sí es un servicio necesario para asegurar la calidad de vida de ellas**. En consecuencia, responde al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho e impone al poder público y a los particulares, determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos¹⁶.

En el caso de los familiares, la Corte ha destacado que se trata de un cuidado y función, que debe ser brindado en primer lugar por estos actores, salvo que estas cargas resulten desproporcionadas para la garantía del mínimo vital de los integrantes de la familia. Es decir, el deber de cuidado a cargo de los familiares de quien padece graves afecciones de salud no puede atribuirse un alcance tal **“que obligue a sus integrantes a abstenerse de trabajar y desempeñar las actividades que generen los ingresos económicos para el auto sostenimiento del núcleo familiar, pues esto a su vez comprometería el cuidado básico que requiere el paciente”**¹⁷.

Para la Corte, a la luz de la Sentencia T-096 de 2016: **“es claro que no siempre los parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerido por ella. Pese a que sean los primeros llamados a hacerlo, puede ocurrir que por múltiples situaciones no existan posibilidades reales al interior de la familia para brindar la atención adecuada al sujeto que lo requiere, a la luz del principio de solidaridad, pero además, tampoco la suficiencia económica para sufragar ese servicio. En tales situaciones, la carga de la prestación, de la cual pende la satisfacción de los derechos fundamentales del sujeto necesitado, se traslada al Estado.”**¹⁸

En el mismo sentido, la Sentencia T-414 de 2016 de la Corte determinó que existen circunstancias **excepcionalísimas** en las que, a pesar de que las EPS no deben suministrar el servicio de cuidador en comento, se requiere en todo caso dicho servicio, y en consecuencia se debe determinar detalladamente si puede ser proporcionado o no. Dichas circunstancias son: **“(i) si los específicos requerimientos del afectado sobrepasan el apoyo físico y emocional de sus familiares, (ii) el grave y contundente menoscabo de los derechos fundamentales del cuidador como consecuencia del deber de velar por el familiar enfermo, y (iii) la imposibilidad de brindar un entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente.”**¹⁹.

A modo de reiteración, en la Sentencia T-065 de 2018, la Corte Constitucional reconoció la existencia de eventos excepcionales en los que: **(i) es evidente y clara la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y (ii) el principal obligado, -la familia del paciente-, está “imposibilitado materialmente para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga a la sociedad y al Estado”**²⁰, quien deberá asumir solidariamente la obligación de cuidado que recae principalmente en la familia.

Dijo esa providencia, que la **“imposibilidad material”** del núcleo familiar del paciente que requiere el servicio²¹ ocurre cuando este: **“(i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por (a) falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o (b) debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (ii) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio”**²².

¹⁴ Sentencia T-154 de 2014.

¹⁵ Sentencia T-226 de 2015 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

¹⁶ Ibídem.

¹⁷ Sentencia T-065 de 2018 M.P. Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Sentencia T-096 de 2016 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁹ Sentencia T-414 de 2016 M.P. Alberto Rojas Ríos.

²⁰ Sentencia T-065 de 2018.

²¹ Ver, entre otras, las Sentencias T-782 de 2013, T-154 y T-568 de 2014, T-096 y T-414 de 2016, así como la T-208 de 2017.

²² Sentencia T-065 de 2018.

En consecuencia, es claro que el servicio de cuidador únicamente se otorga en casos excepcionales en los que sea evidente la configuración de los requisitos citados. En tales circunstancias, el juez constitucional tiene la posibilidad, al no tratarse de un servicio médico en estricto sentido, de trasladar la obligación que en principio le corresponde a la familia, al Estado, para que asuma la prestación de dicho servicio²³.

Por otro lado, en este sentido, desde un punto de vista normativo y operativo, el Ministerio de Salud, mediante la Resolución 3951 de 2016, expedida con el propósito de darle cumplimiento al Auto de Seguimiento de la Corte Constitucional A-071 de 2016 y garantizar el acceso oportuno a los servicios y tecnologías en salud no cubiertos por el Plan de Beneficios con cargo a la UPC, definió precisamente en su artículo 3° como *servicios o tecnologías complementarias*, aquel “servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad”. Una categoría que parecería describir *prima facie*, los servicios de los cuidadores enunciados, aunque sin precisarlo de manera expresa.

Sin embargo, con la Resolución 1885 de 2018²⁴ sobre tecnologías en salud no financiadas con recursos de la Unidad de Pago por Capitación - UPC y servicios complementarios, quedó claro que la figura que se describe, sí pertenece a este tipo de servicios complementarios, ya que **de acuerdo con el numeral 3 del artículo 3 de la Resolución 1885 de 2018 debe entenderse por cuidador a “Aquel que brinda apoyo en el cuidado de otra persona que sufre una enfermedad grave, congénita, accidental o como consecuencia de su avanzada edad, que depende totalmente de un tercero, sin que lo anterior implique sustitución del servicio de atención paliativa o atención domiciliaria a cargo de las EPS o EOC por estar incluidos en el Plan de Beneficios en Salud”.**

Es más, el artículo 39 de la referida Resolución 1885, menciona con detalle los distintos requisitos que se deben cumplir para que las EPS asuman los costos de dicho servicio derivados de un fallo de tutela y realicen los recobros que correspondan, sin importar el régimen al que el paciente se encuentre afiliado.

En conclusión, las atenciones o cuidados especiales que pueda requerir un paciente en su domicilio exigen verificar que: (i) en el caso de tratarse de la modalidad de “enfermería” se requiera de una orden médica proferida por el profesional de la salud, ya que el juez constitucional no puede exceder su competencia al proponer servicios fuera del ámbito de su experticia; y (ii) en casos excepcionales derivados de las condiciones particulares del paciente, podrá hablarse de la figura del cuidador, frente a lo que la Corte ha concluido que se trata de un servicio que, en principio debe ser garantizado por el núcleo familiar del paciente, pero que, en los eventos en que este núcleo se encuentre materialmente imposibilitado para brindar el apoyo permanente, es obligación del Estado suplir dicha deficiencia y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales del afiliado. En tales casos, se ha ordenado a las EPS suministrar cuidador para apoyar a las familias frente a las excepcionalísimas circunstancias de sus familiares, incluso sin tener orden médica, cuando la figura sea efectivamente requerida.

2.3. Caso Concreto:

En el sub examine, la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO**, en amparo de sus derechos fundamentales que considera vulnerados, pretende le sea ordenado a las accionadas la autorización y suministro del servicio de *cuidador domiciliario 24 horas* prescrito por sus médicos tratantes con ocasión a la parálisis total que padece desde la altura de su pecho hasta los pies, manifestando que su núcleo familiar se encuentra imposibilitado para prestarle cuidado y no cuenta con los recursos económicos para adquirir este servicio de manera particular.

Al respecto, la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** al ejercer el derecho de contradicción y defensa se opuso a la prosperidad de las pretensiones de la acción de tutela, argumentando que la parte actora no cuenta con soportes médicos que ordenen el servicio de cuidador o enfermería, sin que sea la escala de Barthel un parámetro para determinar la necesidad de los mismos, siendo tratada por terapia ocupacional, psicología, medicina general, enfermería y nutrición en su domicilio.

²³ Ibídem.

²⁴ Por medio de la cual se estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPS

Adicionalmente, consideró la **UT** que el apoyo en las necesidades básicas de la señora **LUCY SOLANO** debe ser brindado por su esposo quien es beneficiario del régimen de salud de la prenombrada y según su historial médico es una persona que está en buen estado de salud, camina, habla, consciente, orientado, en buen estado físico a pesar de las patologías de diabetes e hipertensión que no limitan su capacidad física y puede hacerse cargo de los cuidados de su esposa.

Finalmente, aclaró la referida entidad que tiene calidad de IPS, por lo que es el **FOMAG** a través de la **FIDUPREVISORA S.A.** el encargado de cubrir y administrar los recursos económicos del régimen de excepción del magisterio y asegurar las necesidades de los docentes que no se encuentran contratadas con esta IPS, como ocurre con el servicio de cuidador, que está excluido del contrato suscrito con la **FIDUPREVISORA S.A.**; por lo que de manera subsidiaria solicitó al Despacho ordenar el recobro de los gastos que se puedan generar por las prestaciones médicas que requiere la accionante al **FOMAG**.

Por su parte, el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO**, a través de la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de vocera y administradora, manifestó que con tiene competencia para la prestación, autorización o suministro de servicios de salud o administrar planes de beneficios, pues esto es deber de la **UNIÓN TEMPORAL**, sin que sea esta entidad su superior jerárquico, concluyendo que se configura la causa de legitimación en la causa por pasiva.

A su vez, la **CLÍNICA MÉDICO QUIRÚRGICA**, solicitó su desvinculación de la acción de tutela pues es a la **UT RED INTEGRADA FOSCAL -CUB** quien suscribió el contrato de licitación pública con la **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A.** para prestar los servicios de salud a sus afiliados al régimen de excepción del magisterio.

Sobre el particular, es menester aclarar que, distinto al servicio de auxiliar de enfermería que hace parte de la atención domiciliaria y está incluido dentro del Plan de Beneficios en Salud, el servicio de cuidador se refiere a la persona que brinda apoyo físico y emocional en el cuidado de una persona que depende totalmente de un tercero, el cual en principio debe ser brindado principalmente por los familiares del paciente.

No obstante, el máximo tribunal constitucional, de forma reiterada, ha considerado que, al no estar excluido expresamente el servicio de cuidador del PBS (Actualmente Resolución 2273 del 22 de diciembre del 2021), este se entiende incluido, por lo cual debe ser prestado excepcionalmente al verificarse el cumplimiento de las siguientes condiciones:

“(1) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio; y (2) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, por ser materialmente imposible. Por imposibilidad material se entiende que el núcleo familiar del paciente: (i) no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, por falta de aptitud en razón a la edad o a una enfermedad, o porque debe suplir otras obligaciones básicas, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia. (ii) Resulta imposible brindar el entrenamiento adecuado a los parientes encargados del paciente. Y (iii) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación del servicio.”²⁵

Precisado lo anterior, procede el Despacho a analizar los elementos documentales obrantes en el plenario en aras de verificar el cumplimiento de las condiciones fijadas por la jurisprudencia constitucional, a saber:

(i) Certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir este servicio:

De la historia clínica obrante en el plenario, se encuentra debidamente acreditado que la señora **LOSANO LOSANO** se encuentra parapléjica, como consecuencia de la **COMPRESIÓN MEDULAR NO EPECIFICADA** que padece²⁶ y que su médico tratante especialista en neurología, en atención médica del 21 de diciembre del año 2022, al considerar que se encuentra en la escala de Barthel con un grado de dependencia total²⁷, emitió una orden médica por **CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS**, veamos:

²⁵ Reiterado recientemente en Sentencia T-015 del 2021.

²⁶ Ver página 167 del archivo 002 del expediente electrónico.

²⁷ Ver página 170; 174 y 175 del archivo 002 del expediente electrónico.



FECHA: 21/12/2022

152

ORDENES MEDICAS

Nombre y Apellidos : LUCY HELENA SOLANO SOLANO

Identificación : CC - 37367466

Entidad : UNION TEMPORAL UT, RED

Contrato: U.T. RED INTEGRADA

Nivel: 1

Dirección y Telefono : CALLE SAN EDIF EL NOGAL - 3204354824 -301 305

Sexo : F

Edad : 54

FECHA - HORA	DESCRIPCION	PROFESIONAL
--------------	-------------	-------------

21/12/2022 - 15:33

CUIDADOR DOMICILIARIO 24 HORAS

VIRNA LUZ ROBALINO RAMIREZ



(ii) El principal obligado, -la familia del paciente-, está “imposibilitado materialmente para otorgar dichos cuidados”:

Para establecer si el núcleo familiar de la agenciada se encuentra imposibilitado materialmente para suministrar los cuidados especiales que requiere, acorde al desarrollo jurisprudencial de la H. Corte Constitucional, tendremos que evaluar si su núcleo no cuenta con la capacidad física de prestar las atenciones requeridas, ya sea por falta de aptitud como producto de la edad o de una enfermedad, o debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; si resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.

Sobre este punto, la parte actora manifestó que su núcleo familiar está compuesto por su esposo quien tiene 58 años, es desempleado, sufre de hipertensión, diabetes y dolores de espalda y cintura por los que acude al médico frecuentemente, situación que le impide alzarla para subir y bajar de la cama, llevarla a la silla de ruedas y bañarla, ya que ella pesa 70 kg y que no cuenta con los recursos económicos para costear de manera particular el servicio de cuidador pues recibe como salario la suma de \$2.719.750, con el que sostiene su hogar pues su esposo no labora y este servicio 24 horas cuesta alrededor de \$2.000.000.

Además, que tiene un hijo que vive en la ciudad de Bogotá desde hace 12 años y tiene a su cargo a compañera permanente y a su hija de 21 meses de edad y su hermano trabaja, se hace cargo de su propia familia, sin tener más familiares con los que pueda contar para su cuidado.

Pues bien, en principio, de la revisión del desprendible de nómina de la accionante, se evidencia que en efecto esta recibe como ingresos la suma de \$2.719.750, de la cual, acorde a las declaraciones extrajuicio aportadas, y que, dado que la **UT RED INTEGRADA FOSCAL-CUB** certificó que el esposo de la prenombrada es su beneficiario del régimen de excepción en salud, se presumen que su conyuge no percibe otro ingreso, por lo que considera el Despacho que, acorde a las reglas de la sana crítica, que este ingreso se destina para los gastos del sostenimiento del hogar, por lo que no es suficiente para costear un servicio particular de cuidador, teniendo en cuenta que el salario mínimo fijado para la presente anualidad es de \$1.160.000, sin considerar las horas extras, recargos nocturnos o dominicales; teniendo así como probado que su núcleo familiar no cuenta con los recursos económicos para sufragar este servicio.

Así mismo, la parte actora acredita que su hijo reside y labora en la ciudad de Bogotá, quien tiene obligaciones económicas con BANCOLOMBIA por \$21.071.400, DAVIVIENDA por \$9.860.293 y 29.395.336 y un crédito hipotecario con saldo a 30 de diciembre del 2022 de \$310.88960²⁸, por lo que es evidente que se encuentra imposibilitado para brindar a su madre el cuidado personal y económico que requiere debido a la delicada condición de salud que padece.

²⁸ Páginas 178 a 199 del archivo 002 del expediente electrónico.

Finalmente, con relación a su esposo, se evidencia que este tiene 59 años de edad²⁹, próximo a cumplir la edad para ser considerado un sujeto de especial protección constitucional como adulto mayor, quien padece de *diabetes e hipertensión esencial*, para lo cual toma medicamentos³⁰, que, en aplicación de la presunción de la buena fe, padece de dolores lumbares, por lo que resultaría desproporcionado esperar el óptimo cuidado que requiere la señora **LOSANO LOSANO** en las condiciones de salud que padece, que implican cargarla para la realización de sus necesidades básicas.

Así, es claro para el Despacho que el núcleo familiar de la señora **LOSANO LOSANO** se encuentra imposibilitado materialmente para brindar el cuidado especial que requiere la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO**.

Bajo este panorama, concluye el Despacho que al encontrarse probado la evidente necesidad de la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO** de recibir cuidados especiales, y la imposibilidad material de su núcleo familiar para proveer dichos cuidados, se encuentran configurados los requisitos mencionados para que la obligación de brindar los cuidados básicos de un paciente se traslade al Estado. En consecuencia, la negación de la **UT RED INTEGRADA FOSCAL CUB** de autorizar dicho cuidador, vulnera los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la prenombrada, máxime cuando se encontró acreditado que su médico tratante prescribió el servicio de cuidador por 24 horas.

Así las cosas, esta Unidad Judicial amparará los derechos fundamentales anteriormente referidos, ordenando a la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.** que, de manera conjunta y en el ámbito de sus competencias, en un término de 48 horas, procedan a realizar todos los trámites administrativos a efectos de autorizar y garantizar el servicio de un cuidador domiciliario por 24 horas, a fin de atender todas las necesidades básicas que la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO** no puede satisfacer autónomamente debido a la *parálisis* que padece, hasta tanto se mantenga la imposibilidad material de su núcleo familiar para asumir dicho cuidado o su médico tratante conceptúe que ya no requiere dicho servicio.

De otra parte, Despacho negará la pretensión subsidiaria de la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** de ordenar el recobro ante el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.**, toda vez la acción de tutela no es el mecanismo constitucional para perseguir estas pretensiones, máxime cuando la entidad cuenta con herramientas para perseguir dicha acreencia.

Finalmente, habrá de ordenarse la desvinculación de la presente acción de tutela a la **CLÍNICA MEDICO QUIRÚRGICA**, al encontrarse acreditado que carece de legitimación en la causa por pasiva, siendo los responsables de la protección de los derechos amparados la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.**

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO LABORAL DEL CIRCUITO DE CÚCUTA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley.

RESUELVE:

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social **LUCY ELENA SOLANO SOLANO**, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB** y al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FIDUPREVISORA S.A.** que, de manera conjunta y en el ámbito de sus competencias, en un término de cuarenta y ocho (48) horas, procedan a realizar todos los trámites administrativos a efectos de autorizar y garantizar el servicio de un cuidador domiciliario por veinticuatro (24) horas, a fin de atender todas las necesidades básicas que la señora **LUCY ELENA SOLANO SOLANO** no puede satisfacer autónomamente debido a la *parálisis* que padece, hasta tanto se mantenga la imposibilidad material de su núcleo familiar para asumir dicho cuidado o su médico tratante conceptúe que ya no requiere dicho servicio.

²⁹ Páginas 210 del archivo 002 del expediente electrónico.

³⁰ Páginas 211 a 215 del archivo 002 del expediente electrónico.

TERCERO: NEGAR la pretensión de recobro elevada por la **UT RED INTEGRADA FOSCAL – CUB**, acorde la motivación del fallo.

CUARTO: DESVINCULAR del extremo pasivo de la litis a la **CLÍNICA MEDICO QUIRURGICA S.A.**, al encontrarse configurada la falta de legitimación en la causa por pasiva.

QUINTO: De conformidad con el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, **NOTIFICAR** este fallo a las partes.

SEXTO: Si no fuere impugnada esta providencia dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, **ENVIAR** a la Honorable Corte Constitucional las piezas procesales pertinentes a través de la plataforma establecida para el trámite de eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MARICELA C. NATERA MOLINA

Jueza.-