

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL

JUZGADO 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO

Bogotá D.C., 26 de agosto de 2022

I. OBJETO DE LA PROVIDENCIA

Decidir la acción de tutela promovida por **AURA MARINA CLAVIJO DE RUÍZ** en representación de su esposo **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** en contra de la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana e integridad personal.

II. HECHOS

La cónyuge del accionante manifestó que su esposo actualmente tiene 77 años de edad, que ha venido presentando graves problemas de salud, los cuales le han ocasionado la pérdida del habla, pérdida de fuerza del costado izquierdo generando dificultades de movilidad para valerse por sí mismo en sus necesidades básicas, ya que también presenta una dependencia de oxígeno, lo que limita aún más sus posibilidades de desplazamiento dentro y fuera de la casa.

Informó que en el último semestre ha tenido que ser hospitalizado en varias ocasiones, la más reciente el día 16 de mayo de 2022 cuando tuvo que ser operado por una masa en el estómago en el Hospital San Carlos, le dieron salida, no obstante, les exigieron acompañamiento las 24 horas del día.

La señora Aura Marina Clavijo de Ruíz, agregó que ha realizado el acompañamiento que requiere su esposo, sin embargo, por su edad, cantidad de tiempo, sus problemas de salud y cuidado que requiere el accionante se le dificulta cada día más prestarle la asistencia pertinente y que así mismo no cuentan con

los recursos para para pagar un servicio de asistencia las 24 horas. Motivo por el cual, el día 5 de julio radicaron un derecho de petición ante la UT SERVISALUD, solicitando el suministro del servicio de enfermería o cuidador las 24 horas, de pañales, crema para evitar quemaduras y pañitos. Finalmente expuso que la UT en respuesta del 15 de julio de 2022, adujo que su esposo no contaba con los requisitos para la asignación del servicio de enfermería o cuidador y que dicho servicio no está incluido en el POS.

Por lo anterior, solicitó la protección de los derechos fundamentales vulnerados a su esposo y se ordene a la UT SERVISALUD SAN JOSÉ, preste el servicio de cuidador domiciliario con una intensidad de veinticuatro (24) horas de lunes a domingo a favor del señor **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ**.

III. ACTUACIÓN PROCESAL Y RESPUESTA

El 10 de agosto de 2022, se admitió la acción constitucional y se negó la medida provisional solicitada por el señor **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ**, se ordenó correr traslado de la demanda a la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ** a fin de pronunciarse sobre la acción de tutela instaurada en su contra y en igual sentido se vincularon a la **FUNDACIÓN HOSPITAL SAN CARLOS Y SERVIMEDICOS S.A.S**, para que informaran todas aquellas consideraciones que estimaran pertinentes respecto a los fundamentos del demandante para instaurar la presente acción.

1.- La apoderada de **SERVIMEDICOS S.A.S** argumento que esta entidad no cuenta con la competencia funcional para dar acatamiento a las pretensiones de la presente acción de tutela por lo que solicitó ser desvinculada del presente trámite constitucional.

2. La directora jurídica del **HOSPITAL FUNDACIÓN SAN CARLOS**, indicó que al señor **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** se le ha brindado en varias ocasiones la atención en salud, siendo la última brindada el 10 de junio de 2022. Agregó que el servicio de acompañante o enfermería las 24 horas que solicita la esposa del accionante debe ser evaluado y autorizado por la EPS, pues estas son las encargadas de del registro, recaudo y compensación de la UPC y la afiliación de

los usuarios, la ubicación de red de hospitales y la prestación del plan de beneficios. Por tal motivo requirió se desvinculará a la entidad de la acción de tutela.

3. El apoderado de UT SERVISALUD SAN JOSÉ, informo lo siguiente:

“De conformidad a la situación referida por la parte actora, se hace necesario aclarar al Honorable Despacho cuál es la naturaleza jurídica de la entidad accionada a la que represento, toda vez que NO es una EPS, como tampoco es la compañía aseguradora en salud del señor JOSE ANTONIO RUIZ DIAZ pues tales funciones le corresponden exclusivamente al FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (en adelante FOMAG) a quien la fiduciaria la FIDUPREVISORA S.A. le administra los recursos destinados a los servicios de salud de los docentes afiliados y sus beneficiarios, advirtiéndose de ante mano que al encontrarse el agenciado JOSE ANTONIO en calidad de beneficiario activo dentro de este sistema, el mismo se encuentra cobijado por el régimen especial de docentes del FOMAG cuyos servicios en salud son autorizados únicamente por la fiduciaria, en otras palabras, es la FIDUPREVISORA S.A. la entidad encargada de la administración del régimen de excepción del Magisterio siendo entonces la única comisionada o delegada en salud quien define qué servicios se incluyen o cuáles no en beneficio de los docentes (y sus beneficiarios) y lo respectivo a la seguridad social del magisterio”.

Refirió que UT SERVISALUD SAN JOSÉ, no advierte de la existencia de orden medica reciente expedida por los galenos tratantes adscritos a la Red de servicios de la unión temporal que prescriban la necesidad de cuidador domiciliario para la patología por él padecida, ni tampoco la existencia de fórmula alguna que se encuentre pendiente por gestionar en el historial médico del accionante. Finalmente expuso que el médico tratante es el único competente para emitir un concepto clínico y prescribir y formular un servicio, por esa razón no puede acceder a autorizar y suministrar el servicio de cuidador domiciliario.

4.- En atención a la anterior respuesta, se dispuso vincular al **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A,** para efectos de ejercer el derecho de contradicción y defensa y aporten las explicaciones, justificaciones y los soportes probatorios correspondientes.

Es así que la Administradora del **FOMAG -FIDUPREVISORA S.A**, explicó que el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO - FOMAG**, fue creado mediante la Ley 91 de 1989, como cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial contable y estadística, sin personería jurídica cuyos recursos son administrados por la **FIDUPREVISORA S.A.**

Indicó que su objeto social exclusivo es la celebración, realización y ejecución de todas las operaciones autorizadas a las sociedades fiduciarias, por normas generales y por normas especiales esto es, la realización de los negocios fiduciarios descritos en el Código de Comercio y previstos tanto en el Estatuto Orgánico del Sector Financiero como en el Estatuto de la Contratación de la Administración Pública.

Aclaró que el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A, no tienen competencia respecto de la prestación del servicio de salud, o administrar planes de beneficios, ya que no tiene la estructura financiera, organizacional, técnica y administrativa para realizar actividades propias de la prestación del servicio de salud, como entidad promotora del servicio de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero. Por lo anterior, surtió la obligación contractual, con la UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ, con el fin de que esta entidad prestara el servicio de salud requerida por los docentes.

Expuso que la FIDUPREVISORA S.A. en calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), no ha vulnerado derechos fundamentales al actor, ya que revisada la acción constitucional, la misma va dirigida contra el directo responsable de garantizar el servicio pretendido por el usuario lo que concluye que no existe ninguna conducta concreta, activa u omisiva que pueda concluir con la afectación de los derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, y a la vida del paciente por parte de

Fiduprevisora S.A., entidad que para los efectos actúa en nombre y representación del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio (FOMAG).

Solicitó se desvincule del trámite tutelar a la FIDUPREVISORA S.A, como vocera del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG), al existir falta de legitimación en la causa por pasiva, ya que tan solo administra recursos públicos y se requiera a la UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ, quien es la legitimada para garantizar el servicio de salud y todo lo que de este servicio se derive.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS JURÍDICOS

4.1. Problema Jurídico

Compete establecer si en este caso la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ, FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG y la FIDUPREVISORA S.A**, vulneraron los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana e integridad personal a **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ**, al no prestarle el servicio de enfermería o cuidador las 24 horas.

Para ello se analizará en primer lugar la procedibilidad de la acción de tutela, los derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana e integridad personal, y luego lo probado en el caso concreto.

4.2. Procedibilidad

- **Legitimación Activa**

De conformidad con el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida i) directamente por la persona afectada o a través de representante, ii) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales, iii) mediante agencia oficiosa cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

En el presente evento, se satisface la primera de las posibilidades dado que **AURA MARINA CLAVIJO DE RUÍZ** actúa en representación de su esposo **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** en defensa de sus derechos fundamentales a la salud, vida, dignidad humana e integridad personal, por cuanto el mismo, por el estado de salud en que se encuentra no puede realizarlo de forma personal. Es así que la parte accionante está legitimada para actuar en la presente acción de tutela.

- **Legitimación Pasiva**

Según lo establecido en los artículos 1, 5 y el numeral 2° del artículo 42 del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública y contra particulares en ciertos eventos en los que el accionante se encuentre en situación de subordinación o indefensión.

En este evento **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, entidad particular que presta un servicio de salud y el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG** y la **FIDUPREVISORA S.A**, son entidades particulares que manejan recursos públicos, son a quienes se le atribuyen la violación de los derechos fundamentales de salud, vida, dignidad humana e integridad personal, acción frente a la cual la accionante se encontraría en estado de indefensión para lograr obtener la prestación del servicio de salud, por las entidades en la que se encuentra afiliada, por lo tanto, son demandable en proceso de tutela.

- **Inmediatez**

La acción de tutela fue presentada el 10 de agosto de 2022, fecha que resulta razonable, si se tiene en cuenta que la entidad accionada no ha gestionado y coordinado lo pertinente para prestar el servicio de un cuidador permanente. En esa medida, **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que presentó la acción de tutela en vigencia de la presunta vulneración de sus derechos.

- **Subsidiariedad**

El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela *"solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable"*. Esta disposición es desarrollada por el artículo sexto del Decreto 2591 de 1991, que ratifica la procedencia de la acción de tutela cuando las vías ordinarias no tengan cabida o cuando no resulten idóneas para evitar el acaecimiento de un perjuicio irremediable.

Ahora bien, respecto al caso particular es menester resaltar que los derechos fundamentales a la salud en conexidad a la vida y dignidad humana, pueden ser garantizados por medio de acción de tutela, especialmente cuando de la conducta vulneradora alegada se desprenda una afectación grave al titular de los derechos, como acontece en el presente caso, en el que se observa que el agenciado padece de pérdida del habla, pérdida de fuerza del costado izquierdo generando dificultades de movilidad para valerse por sí mismo en sus necesidades básicas, requiriendo su esposa autorización del servicio de cuidador permanente, para asistir a su pareja en sus actividades diarias.

4.3 Derecho fundamental a la salud

En Sentencia T -178 de 2017, se establece que:

"El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable, tanto en lo individual como en lo colectivo. En segundo lugar, manifiesta que comprende los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. En tercer lugar, radica en cabeza del Estado el deber de adoptar políticas que aseguren la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. Finalmente, advierte que la prestación de este servicio público esencial obligatorio se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."

4.4 El servicio de auxiliar de enfermería y cuidador personal

En este orden de ideas, se debe precisar que existe una diferencia entre auxiliar de enfermería – o enfermero – y cuidador personal, la cual fue explicada en la sentencia T 154 de 2014, la Corte Constitucional precisó:

“Ahora bien, en lo que respecta al servicio domiciliario de enfermería, esta Sala encuentra que, en lineamiento con lo dispuesto por la Resolución 5521 de 2013, constituye una modalidad de prestación 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”. Además de ello, también se evidencia que dicho servicio está incluido en la cobertura de beneficios del POS, y por tanto debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de Salud con cargo a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado.

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comento, simplemente bastaría que la experticia y los conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que haya conocido y estudiado de primera mano las condiciones del usuario, determine con “el máximo grado de certeza permitido por la ciencia y la tecnología”, la necesidad de la tecnología en salud pretendida, que buscaría asegurar un estado de salud aceptable a la persona, ya 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, pues el juez constitucional “no puede arrogarse estas facultades para el ejercicio de funciones que le resultan por completo ajenas en su calidad de autoridad judicial”.

Por otro lado, en lo que concierne al servicio de cuidador de personas en situación de dependencia, resulta necesario realizar las siguientes menciones: (i) Por lo general son sujetos no profesionales en el área de la salud, (ii) en la mayoría de los casos resultan ser familiares, amigos o personas cercanas de quien se encuentra en situación de dependencia, (iii) prestan de manera prioritaria, permanente y comprometida el apoyo físico necesario para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

Teniendo en cuenta lo anterior, la Sala encuentra, primero, que el servicio de cuidador permanente o principal no es una prestación calificada que atienda directamente al restablecimiento de la salud, motivo por el cual, en principio, no tendría que ser asumida por el sistema de salud, y segundo, en concordancia con lo anterior, dicho servicio responde simplemente al principio de solidaridad que caracteriza al Estado Social de Derecho y que impone al poder público y a los particulares determinados deberes fundamentales con el fin de lograr una armonización de los derechos.

En este sentido, se entiende que los deberes que se desprenden del principio de la solidaridad son considerablemente más exigentes, urgentes y relevantes cuando se trata de asistir o salvaguardar los derechos de aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (como por ejemplo la población de la tercera edad, los enfermos dependientes, los discapacitados, entre otros).

Así pues, los sujetos arriba mencionados son acreedores de un trato de especial protección por parte del Estado, la sociedad y, concretamente, de sus familiares más próximos o cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998 de la siguiente manera: “(...) dentro de la familia, entendida como núcleo esencial de la sociedad, se imponen una serie de deberes especiales de protección y socorro recíproco, que no existen respecto de los restantes sujetos que forman parte de la comunidad. En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

En lineamiento con lo previamente dicho, la sentencia T-1079 de 2001 sostuvo que “la Constitución, establece el principio de solidaridad social como parte fundante del Estado social de derecho, artículo 95 numeral 2, según el cual es deber de todas las personas responder con acciones humanitarias ante situaciones que pongan en peligro la vida o la salud de las personas, y cuya primera manifestación, sin lugar a dudas, ha de darse entre los miembros de la familia, en caso de necesidad de uno de sus integrantes”.

Cabe aclarar que tales deberes de solidaridad no obligan a sacrificar el goce de las garantías fundamentales de aquellos familiares cercanos (cuidadores) en nombre de los derechos de las personas a quienes deban socorrer. No obstante, sí los obligan a no tomar decisiones que, con pleno desconocimiento del principio de solidaridad social y familiar, comprometan sin un motivo suficiente y proporcionado los derechos fundamentales de los sujetos objeto de protección.

En resumen, el principio de solidaridad atribuye a los miembros de una sociedad el deber de ayudar, proteger y socorrer a sus parientes cuando se trata del goce de sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna. Deber que a su vez contiene un mayor grado de fuerza y compromiso cuando se trata de personas que se encuentran en condiciones de debilidad manifiesta, debido a los padecimientos propios de su edad o a las enfermedades que los agobian, y que por tanto no están en capacidad de proveer su propio cuidado, requiriendo de alguien más que les brinde dicho cuidado permanente y principal, lo cual, al no constituir una prestación de salud, no puede ser una carga trasladada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, pues ello en principio constituye una función familiar, y subsidiariamente un deber en cabeza de la sociedad y el Estado, quienes deberán concurrir a su ayuda y protección cuando la competencia familiar sea de imposible observancia.

En concordancia con lo arriba planteado, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013, en donde se afirmó lo siguiente:

“En torno al servicio de cuidador primario, recuérdese que la Constitución dispone la concurrencia del Estado, la sociedad y la familia para brindar protección y asistencia a las personas con dificultades de salud. La familia es la primera obligada moral y afectivamente para sobrellevar y atender cada uno de los padecimientos, y en este orden de ideas, la Corte ha expuesto que solo cuando la ausencia de capacidad económica se convierte en una barrera infranqueable para las personas, debido a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está obligado a suplir dicha falencia.”.

Así pues, siempre que se presenten las circunstancias a continuación expuestas, una Entidad Prestadora de Salud (EPS), en principio, no es la llamada a garantizar el servicio de cuidador permanente a una persona que se encuentre en condiciones de debilidad manifiesta: (i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente solamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritaria y comprometida un apoyo físico y emocional en el desenvolvimiento de sus actividades básicas cotidianas, (ii) que sea una carga soportable para los familiares próximos de aquella persona proporcionar tal cuidado, y (iii) que a la familia se le brinde un entrenamiento o una preparación previa que sirva de apoyo para el manejo de la persona dependiente, así como también un apoyo y seguimiento continuo a la labor que el cuidador realizará, con el fin de verificar constantemente la calidad y aptitud del cuidado. Prestación esta que si debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia.

En este orden de ideas, de no mediar las circunstancias enunciadas anteriormente, el deber de suministrar el servicio de cuidador permanente o principal, como ya se dijo, radica en cabeza del Estado, quien es el encargado de proteger y asistir especialmente a los sujetos que por su condición física, económica o mental, se encuentren en una situación de debilidad manifiesta.

Igualmente, en sentencia más reciente estableció la Corte Constitucional en su sentencia T-065 -18, **los requisitos excepcionales para otorgar un cuidador**, en los siguientes términos:

“A la luz del tratamiento que esta Corte ha otorgado a la atención de cuidador, resulta necesario concluir que, antes de tratarse de una obligación o carga que deba asumir el Estado, se trata de atenciones que son exigibles, en primer lugar, a los familiares de quienes las requieren. Ello, no solo en virtud de los lazos de afecto que los unen sino también como producto de las

obligaciones que el principio de solidaridad conlleva e impone entre quienes guardan ese tipo de vínculos.

La familia, entendida como institución básica de la sociedad, conlleva implícitas obligaciones y deberes especiales de protección y socorro recíproco entre sus miembros, los cuales no pueden pretender desconocerlos por motivos de conveniencia o practicidad.

En Sentencia T-801 de 1998, se expresó que: “En efecto, los miembros de la pareja, sus hijos y sus padres, y, en general, los familiares más próximos tienen deberes de solidaridad y apoyo recíproco, que han de subsistir más allá de las desavenencias personales (C.P. arts. 1, 2, 5, 42, 43, 44, 45, 46)”.

Para esta Corte, los deberes de solidaridad descritos no obligan a los miembros del núcleo familiar, esto es, los primeros llamados a ejercer la función de cuidadores, a sacrificar definitivamente el goce efectivo de sus derechos fundamentales en nombre de las personas a quienes deben socorrer, pues no se estima proporcionado exigirles que, con independencia de sus circunstancias particulares, deban asumir obligaciones cuyo cumplimiento les resulta imposible.

*Es así como se ha reconocido la existencia de eventos excepcionales en los que **(i)** existe certeza sobre la necesidad del paciente de recibir cuidados especiales y **(ii)** en los que el principal obligado a otorgar las atenciones de cuidado, esto es, el núcleo familiar, se ve **imposibilitado materialmente** para otorgarlas y dicha situación termina por trasladar la carga de asumirlas a la sociedad y al Estado.*

*Se subraya que para efectos de consolidar la “imposibilidad material” referida debe entenderse que el núcleo familiar del paciente que requiere el servicio: **(i)** no cuenta ni 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.*

Por ello, se ha considerado que, en los casos excepcionales en que se evidencia la configuración de los requisitos descritos, es posible que el juez constitucional, al no tratarse de un servicio en estricto sentido médico, traslade la obligación que, en principio, corresponde a la familia, de manera que sea el Estado quien deba asumir la prestación de dicho servicio”.

Respecto de los requisitos para que las EPS asuman la prestación del servicio de cuidador, la Corte Constitucional en sentencia T-260 de 2020, realizó el siguiente pronunciamiento:

“Ante este escenario, la jurisprudencia constitucional ha señalado que, como una medida excepcional, la EPS deberá prestar el servicio de cuidador en el caso de que: (i) exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador; y (ii) la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo. Por imposibilidad material se entiende cuando el núcleo familiar del paciente: (a) no cuenta ni 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 porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; (b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente; y (c) carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio.”

Finalmente, en cuanto al recobro, la Corte Constitucional en su sentencia T 208 de 2017, ha establecido:

“el Ministerio de Salud y Protección Social, por medio de la Resolución 3951 de 2016 previó un mecanismo para reconocer el cobro de los servicios sin cobertura y reguló el procedimiento para hacer efectivo el pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan de Beneficios en Salud -PBS-, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado de Salud, prescritos por el profesional de la salud u ordenados mediante providencia judicial. En consecuencia, las Entidades Promotoras de Salud deben acatar el procedimiento allí establecido para efectuar la correspondiente solicitud de cobro del servicio no cubierto por el PBS o cubierto pero que no tienen cargo a la unidad de pago por capitación -UPC-.”

4.5 Caso Concreto

En el presente caso, **AURA MARINA CLAVIJO DE RUÍZ** en representación de su esposo **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** interpuso acción de tutela contra de **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, al no haberse suministrado el servicio de enfermería o cuidador las 24 horas.

Es así que, por su parte la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, refiere que no es una EPS y que tampoco es una entidad aseguradora, tan solo presta un servicio de salud, y que la responsable es el **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -FOMAG**, a quien la **FIDUPREVISORA S.A**, le administra los recursos destinados a los servicios de salud que requiera los docentes afiliados o beneficiarios.

Dicha argumentación fue controvertida por la **FIDUPREVISORA S.A**, como vocera del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)**, quien expone que no tienen competencia respecto de la prestación del servicio de salud, debido a que no cuenta con la habilitación expedida por la Secretaria de Salud de los correspondientes Departamentos, para la prestación de dicho servicio o simplemente no tiene el aval para ejercer actividades como Entidad Promotora de Salud, pues su objetivo no es otro que atender negocios propios de las sociedades fiduciarias que se encuentran regidos por las normas del Estatuto Orgánico Financiero. Por lo anterior, suscribió contrato con la UNIÓN

TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ, para que esta entidad prestara el servicio de salud requerida por los docentes.

Es así que, verificado el contrato de prestación del servicio de salud, dentro 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 (FOMAG)**, con radicado No 12076-013-2017 del 29 de septiembre de 2017 aportada por la Fiduprevisora S.A., se establece que está es la encargada de administrar, invertir y destinar el cumplimiento de los objetivos previstos del fondo de conformidad con el artículo 5 de la Ley 91 de 1989, para lo cual mediante apertura pública No. 002 de 2017, llamó a las partes interesadas en participar en la contratación de entidades que garantizaran la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral y atención médica derivada de los riesgos laborales de los afiliados, resolviéndose que para la ciudad de Bogotá el Oferente sería **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, y las IPS el Hospital de San José y Servimed S.A.

Establecido lo anterior, es claro que la entidad encargada de prestar el servicio de salud al señor **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** en calidad de beneficiario activo dentro del sistema, que se encuentra cobijado por el régimen especial de docentes FOMAG, está a cargo de **UT SERVISALUD SAN JOSÉ** y no de la **FIDUPREVISORA S.A**, como vocera del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)**, esto de conformidad al contrato No 12076-013-2017 del 29 de septiembre de 2017.

Es así que, se le llama la atención a la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, pues pretendió en la respuesta otorgada al Juzgado hacer incurrir en error a la autoridad judicial y falta a la verdad al indicar que no era la competente para prestar el servicio del cuidador requerido por el señor **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ**, vulnerando de esta forma los derechos fundamentales del mismo y remitir la competencia a un ente que tan solo administra los recursos.

Ahora bien, se debe aclarar que **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**, puede solicitar el recobro de los servicios fuera del POS, ante la **FIDUPREVISORA S.A**, como vocera

del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (FOMAG)**, esto de conformidad con lo establecido en la sentencia T 208 de 2017.

Ahora bien, respecto a la solicitud de cuidador elevada por la parte accionante, se verificará la concurrencia de cada uno de los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que sea procedente ordenarlo por vía de acción de tutela conforme a la jurisprudencia antes citada.

En primer lugar, que ***exista certeza médica sobre la necesidad del paciente de recibir el servicio de cuidador***, requisito frente al cual se encuentra que de la historia clínica emitida por el Hospital San Carlos se destaca que es un paciente de 77 años con “**Dependencia funcional**” y presenta como diagnósticos:

- “1. HEMORRAGIA DE VIAS DIGESTIVAS BLATCHFORDO 9 PUNTOS.*
- 1.1. ULCERA GASTRICA FORREST 3*
- 1.2. SOSPECHA DE GIST VS OTRA CAUSA DE TUMOR GASTRICO*
- 2. FIBRILACIÓN AURICULAR PERMANENTE*
- 2.1. ANTICOAGULACIÓN CON APIXABAN*
- 3. LESIÓN RENAL AGUDA DIGO 3 EN MEJORIA*
- 4. SOSPECHA TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR NO TIPIFICADO*
- 5. DELIRIUM MIXTO MULTIFACTORIAL*
- 6. ENFERMEDAD CORONARIA*
- 7. SECUELAS DE ACCIDENTE CEREBROVASCULAR 2021*
- 8. ESFEROCITIS HEREDITARIA*
- 9. DEPENDENCIA FUNCIONAL LEVE PREVIO A HOSPITALIZACIÓN*
- 10. ENFERMEDAD PULMONAR CRONICA OXIGENO REQUERENTE*
- 10. TROMBOSIS VENOSA SUPERFICIAL AGUDA NO RECANALIZADA*
- 11. CONSTIPACION”*

De ello se desprende que si existe certeza desde el punto de vista médico de la necesidad del accionante de recibir el servicio de cuidador teniendo en cuenta su edad, su deterioro neurológico y su delicado estado físico, todo lo cual es consistente con lo descrito por su esposa en el escrito de tutela, situación que derivó en que se consignara también en la historia clínica por parte del médico

tratante que presentaba una dependencia funcional y que debido al estado neurológico ni siquiera podía ser el paciente interrogado respecto de la presencia de dolor.

En este orden de ideas, y teniendo en cuenta lo expuesto por la esposa del accionante en su escrito de tutela frente a su condición actual, se concluye que el actor se encuentra en una indiscutible condición de dependencia y necesita la ayuda permanente de una persona para transportarse, asearse, alimentarse, vestirse y en general atender sus necesidades básicas.

En cuanto al segundo requisito, se debe verificar que ***la ayuda como cuidador no pueda ser asumida por el núcleo familiar del paciente, pues existe una imposibilidad material para hacerlo.*** Este requisito también se encuentra verificado dado que la misma Corte Constitucional estableció que dicha imposibilidad se presenta al darse por lo menos uno de los siguientes supuestos:

(a) el familiar no cuenta ni 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 porque debe suplir otras obligaciones básicas para consigo mismo, como proveer los recursos económicos básicos de subsistencia; y, en esta caso, la esposa del acusado y quien interpone la acción de tutela es también una persona adulta mayor con 78 años de edad que padece artrosis y síndrome del túnel del carpió derecho, siendo imposible para ella desplegar la fuerza y actividad física necesaria para asistir a su esposo de manera permanente en sus actividades cotidianas.

(b) resulta imposible brindar el entrenamiento o capacitación adecuado a los parientes encargados del paciente, circunstancia que también se presente pues la imposibilidad de la cónyuge no se deriva de su falta de entrenamiento sino de su edad y capacidad física, que no puede ser superada con la capacitación adecuada.

c) la familia carece de los recursos económicos necesarios para asumir el costo de contratar la prestación de ese servicio, criterio que también está presente puesto que es evidente que la agente oficiosa y su esposo, no cuentan con una

fuelle estable de recursos debido a que no puede laborar ya que se trata de dos adultos mayores y no pueden costear dicho servicio, demostrándose la imposibilidad de contratar a un tercero para que le brinde a las atenciones que requiere.

En consecuencia, se considera en el presente caso, están configurados los requisitos para que la obligación de procurar los cuidados básicos del paciente se traslade al Estado, puesto que **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** requiere ser atendido y cuidado de manera permanente, siendo la entidad encargada para realizar la autorización y suministro de dicho servicio de cuidador la **UT SERVISALUD SAN JOSÉ**.

Por lo expuesto, y, como producto de las especiales condiciones que circunscriben el caso en concreto, se ordenará a **UT SERVISALUD SAN JOSÉ** que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del presente fallo, autorice y suministre el servicio de cuidador a domicilio permanente, a fin de atender todas las necesidades básicas que **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** no puede satisfacer autónomamente debido a sus patologías, por el término que dure el tratamiento dentro de las enfermedades *“1. HEMORRAGIA DE VIAS DIGESTIVAS BLATCHFORDO 9 PUNTOS. 1.1. ULCERA GASTRICA FORREST 3 1.2. SOSPECHA DE GIST VS OTRA CAUSA DE TUMOR GASTRICO 2. FIBRILACIÓN AURICULAR PERMANENTE 2.1. ANTICOAGULACIÓN CON APIXABAN 3. LESIÓN RENAL AGUDA DIGO 3 EN MEJORIA 4. SOSPECHA TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR NO TIPIFICADO 5. DELIRIUM MIXTO MULTIFACTORIAL 6. ENFERMEDAD CORONARIA 7. SECUELAS DE ACCIDENTE CEREBROVASCULAR 2021 8. ESFEROCITIS HEREDITARIA 9. DEPENDENCIA FUNCIONAL LEVE PREVIO A HOSPITALIZACIÓN 10. ENFERMEDAD PULMONAR CRONICA OXIGENO REQUIRENTE 10. TROMBOSIS VENOSA SUPERFICIAL AGUDA NO RECANALIZADA 11. CONSTIPACION”*,

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO VEINTIOCHO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales incoados por **AURA MARINA CLAVIJO DE RUÍZ** en representación de su esposo **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ**.

SEGUNDO: ORDENAR a **UT SERVISALUD SAN JOSÉ** que autorice y suministre el servicio de **CUIDADOR A DOMICILIO PERMANENTE**, a **JOSÉ ANTONIO RUÍZ DÍAZ** por el término que dure el tratamiento dentro de las enfermedades “*1. HEMORRAGIA DE VIAS DIGESTIVAS BLATCHFORDO 9 PUNTOS. 1.1. ULCERA GASTRICA FORREST 3 1.2. SOSPECHA DE GIST VS OTRA CAUSA DE TUMOR GASTRICO 2. FIBRILACIÓN AURICULAR PERMANENTE 2.1. ANTICOAGULACIÓN CON APIXABAN 3. LESIÓN RENAL AGUDA DIGO 3 EN MEJORIA 4. SOSPECHA TRASTORNO NEUROCOGNITIVO MAYOR NO TIPIFICADO 5. DELIRIUM MIXTO MULTIFACTORIAL 6. ENFERMEDAD CORONARIA 7. SECUELAS DE ACCIDENTE CEREBROVASCULAR 2021 8. ESFEROCITIS HEREDITARIA 9. DEPENDENCIA FUNCIONAL LEVE PREVIO A HOSPITALIZACIÓN 10. ENFERMEDAD PULMONAR CRONICA OXIGENO REQUIRENTE 10. TROMBOSIS VENOSA SUPERFICIAL AGUDA NO RECANALIZADA 11. CONSTIPACION*”,

SEGUNDOO: NOTIFICAR la sentencia de acuerdo con las previsiones del Art 30 del Decreto 2591 de 1991, en el evento de que no sea impugnada, remitir la actuación a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



CATALINA RÍOS PEÑUELA

**JUEZA 28 PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO DE
BOGOTÁ**