



REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA
Tunja, diez (10) de octubre de dos mil dieciséis (2016)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 15001 3333 012 – 2016 – 00114 – 00
Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de
MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
Accionado: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"
Vinculada: MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL

Procede el Despacho a proferir sentencia de primera instancia dentro de la acción de tutela, consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y desarrollada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, interpuesta por **TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ** actuando en calidad de agente oficioso de su cónyuge señora **MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA** contra la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA E.P.S."**, y la vinculada: **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL**, por la presunta vulneración a las derechos fundamentales a la salud, integridad física y humana en conexidad con el derecho a la vida.

I. ANTECEDENTES

1. Derechos invocados como violados.

Se invocaron como derechos fundamentales vulnerados la salud, integridad física y humana en conexidad con el derecho a la vida.

2. Hechos que dan lugar a la acción.

Manifestó el agente oficioso lo siguiente:

Que la señora MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA se encuentra afiliada al régimen contributivo de seguridad social en salud a la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A "NUEVA E.P.S."

Señala que desde hace varios años se encuentra postrada en una cama en razón a su edad (76 años) y delicado estado de salud como consecuencia de la demencia producida por la enfermedad de Alzheimer, la cual afecta los reflejos posturales y su estado de ánimo, por tal motivo depende de terceros para realizar sus actividades básicas.

Indica que el 25 de junio de 2016, el médico tratante Dr. ALEXANDER AROCA POSSO refirió que la paciente MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA debía recibir terapia física y ocupacional domiciliaria, tal como consta en la historia clínica, terapias que no han sido proporcionadas por la accionada, pese a que son indispensables para mejorar su calidad de vida.

Manifiesta que se estableció que la paciente requería de una tercera persona para realizar las actividades diarias, según la escala de BARTHEL en la cual fue calificada con 15 puntas, aduce que actualmente conviven y se encuentra bajo cuidado únicamente del agente oficioso quien tiene 82 años de edad y también padece problemas de salud que le impiden estar pendiente de la accionante, motivo por el cual es indispensable que la E.P.S. proporcione la auxiliar de enfermería que se encargue de los procedimientos médicos y el suministro de los medicamentos que deben aplicarse a su esposa las 24 horas del día los siete días de la semana.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Aduce que tanto las terapias físicas y ocupacionales como la necesidad de auxiliar de enfermería por término indefinido, están plenamente justificadas por el médico tratante e historia clínica.

Considera que la omisión de la accionada vulnera de manera flagrante el derecho a la salud en conexidad con el derecho a la vida de su esposa MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA (fls. 1-2)

3. Objeto de la acción.

Con base en la anterior situación fáctica, solicita que se tutele el derecho fundamental a la salud y como consecuencia se ordene a la Nueva E.P.S. que en el término de 48 horas proporcione a la accionante MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA, lo siguiente:

1. "Las terapias físicas y ocupacionales domiciliarias ordenadas por el médico tratante.
2. La asignación de una auxiliar de enfermería las veinticuatro (24) horas del día, los siete (7) de las semana que requiere la accionante MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA, dada su dependencia para las actividades diarias las cuales fueron Clasificadas por el galeno de la EPS accionada en 15 puntos en la escala de BARTHEL." (fl. 1)

Igualmente, a folio 3 dentro del acápite denominado petición solicitó:

"Con fundamento en lo expuesto, solicitó la protección inmediata de los derechos fundamentales de a mi esposa MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA, ordenando a la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA E.P.S", la prestación del servicio de terapia física y ocupacional domiciliaria ordenados por el médico tratante y la prestación de los servicios de una auxiliar de enfermería requiere la accionante"

4. Solicitud de Pruebas

El agente oficioso a folio 3 solicitó el decreto y practica de las siguientes:

- 1) Copia de la historia clínica de la señora MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA, donde se observan las órdenes del médico tratante.
- 2) Copia del formato a través del cual se calificó la dependencia de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA en 15 puntos en la escala de BARTHEL.

Al respecto el Despacho accedió al decreto de las mismas y ordenó otras de oficio, con el fin de obtener la información suficiente para proferir decisión de fondo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

1. NUEVA EPS S.A. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD (fls. 25-34)

La Gerente Zonal de Boyacá señora Mariam Liliana Carrillo Peña manifestó que la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita se encuentra afiliada al sistema general de seguridad social en el régimen contributivo en calidad de cotizante activa categoría A.

Indicó que a través de la Resolución No. 028 de 15 de enero de 2007 y 263 de 26 de marzo de 2007 la Superintendencia de Salud revocó el certificado de funcionamiento de la Entidad Promotora de Salud EPS del Instituto de Seguros Sociales, ordenando con base en lo dispuesto en el Decreto 055 de 2007 el traslado excepcional a prevención de sus afiliados, conforme a lo establecido en el documento CONPES 3456 de 15 de enero de 2007.

Agregó que la Nueva E.P.S. fue autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud mediante Resolución No. 371 de 3 de abril de 2008 para funcionar como Entidad Promotora de Salud privada del régimen Contributivo, en virtud de dicha autorización el Gobierno ordenó el traslado de los afiliadas que tuviera la EPS ISS a la NUEVA EPS S.A., por

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA J. MENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

eso a partir del 1 de agosto de 2008 la Nueva EPS asumió la prestación de los servicios de seguridad social en salud de los afiliados del régimen contributivo.

Aclaró al Despacho que la NUEVA EPS no presta el servicio de salud directamente sino a través de sus IPS las cuales son avaladas por la Secretaría de Salud del municipio y que son ellas las que programan las cirugías y demás procedimientos de los usuarios, igualmente dijo que la Nueva EPS se rige por el Decreto 055 de 2007.

Posteriormente, definió el modelo de atención en salud y la forma como se presta el mismo a los afiliados a la Nueva EPS, los cuales están diseñados para satisfacer sus necesidades, disminuir los trámites administrativos innecesarios y facilitar el acceso a los servicios, así misma indicó que los usuarios tienen una IPS asignada, que al momento de solicitar el servicio deben presentar el documento de identidad y que se ha concentrado la población afiliada en las IPS primarias de manera estratégica teniendo en cuenta el domicilio de usuario igualmente, que se ha dispuesto de varios puntos para autorizaciones y que una vez se implemente la plataforma sistematizada los procesos administrativos se simplificarán.

Respecto al caso concreto afirmó que lo que solicita el accionante es de un cuidador y que dicho servicio no hace parte del plan obligatorio de salud, por tal motivo solicita que en caso de ordenarse el mismo este sea ordenado literalmente en el fallo de tutela. Añade que al no constituir una prestación de salud por mandato de la nota externa No. 201433200296233 de 10 de noviembre de 2014 proferida por el Ministerio de Salud y la Protección Social no puede ser financiada con recursos del sistema general de seguridad social en salud pues constituye una función familiar y un deber en cabeza de la sociedad y el estado pero no con carga a los recursos del sistema de salud, los cuales tienen una destinación específica.

Precisó que el cuidador domiciliario (permanente o principal) es la persona que presta apoyo a los pacientes que por su condición de salud se encuentran en situación de dependencia y requieren asistencia física para satisfacer las actividades básicas e instrumentales de la vida diaria en condiciones de dignidad suficiente, citó la sentencia T-154 de 2014 donde se establecen los requisitos del servicio de cuidado de personas en situación de dependencia para concluir que esta no es una prestación que atienda el restablecimiento de la salud sino que busca satisfacer las necesidades básicas teniendo en cuenta las condiciones de debilidad manifiesta.

A renglón seguido definió el servicio de enfermería domiciliario de conformidad con la Resolución No. 5592 de 2015 como una modalidad de prestación 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 de área de salud y la participación de la familia, servicio que está incluido en el POS y debe ser garantizado por las Entidades Promotoras de salud con cargo a los recursos que recibe para tal fin, citó la sentencia T-274 de 2009 la cual dispone que para que un afiliado pueda acceder a este servicio solo se necesita que la experiencia y conocimientos técnicos y científicos de un profesional de la salud que conozca las condiciones del usuario determine su necesidad.

Refirió las diferencias existentes entre el servicio de cuidador domiciliario con el de enfermería domiciliaria con base en el finalidad (cuidador: satisface necesidades básicas y de afecto; enfermería: asegura un estado de salud aceptable a través del servicio extra-hospitalario), la persona que lo presta (cuidador: sujetos no profesionales de la salud, casi siempre familiares, amigos o personas cercanas, enfermería: sujetos con conocimiento en el área de la salud ya sea a nivel técnico o profesional ya sea auxiliar de enfermería a enfermeras profesionales) y los servicios prestados (cuidador: asistencia física para satisfacer actividades básicas, ofrecer un soporte emocional y espiritual, enfermería: aplicación de medicamentos, acompañamiento, seguimiento y control administración de inyectables, curaciones y demás servicios médicos), para afirmar que son completamente diferentes, por cuanto el primero se da en desarrollo del principio de solidaridad que le

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: LIBERIO AMEZQUITA J MENEZ en calidad de agente oficiosa de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

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 vida digna, en tanto en segundo conlleva actividades propias del ámbito de la salud que deben ser prestados por personal con conocimiento específico en ciencias de la salud.

Citó la Resolución No. 5521 de 2013 cuyo artículo 29 dispone que la atención domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria está cubierta en los casos en que el médico tratante lo considere y que ésta abarca solo la salud y no los recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de los cuidadores.

Señaló que la restricción a la prestación del servicio de cuidador tiene su sustento en el principio de solidaridad y que es la familia la llamada en ese caso a cubrir dicho servicio, cita la sentencia T-1079 de 2001 que analiza el tema de las acciones humanitarias y determina que sin lugar a dudas ha de darse entre los miembros de la familia, igualmente refiere la sentencia T-730 de 2010 respecto de la población vulnerable de la tercera edad y a la competencia familiar de colaboración.

Indicó que el auto 071 de 2016 en cumplimiento de la orden vigésima séptima de la sentencia T-760 de 2008 establece la importancia que para el flujo de recursos al interior del sistema reviste el trámite de los recobros ante el FOSYGA por parte de la E.P.S., dijo que es necesario que los jueces lo conozcan ya que para el caso de los cuidadores se están garantizando los derechos fundamentales bajo el principio de sostenibilidad financiera del sistema General de Seguridad Social en Salud, el cual se ve reducido al impedir el recobro de los servicios prestados.

Posteriormente solicitó la vinculación del Ministerio de Salud por haber expedido la nota externa del 10 de noviembre de 2014, a través del cual se cambió el trámite de auditoría de recobros por los servicios prestados del cuidador y señaló que es ante esa entidad frente a la cual se adelantará el recobro que autorizan los jueces cuando se trata la prestación de un servicio NO POS.

Sostuvo que además la anterior nota externa fijó los lineamientos y criterios técnicos respecto de las exclusiones del POS y prestaciones que no pueden ser financiadas con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud para aducir que el servicio de curador na es una prestación médica que pueda ser cobijada en el servicio de salud y que su única financiación depende de si es ordenada en fallo de tutela, es decir, a través del recobra al FOSYGA en un 100% de los servicios na POS.

Argumenta que como el servicio solicitado está excluido del plan de beneficios en salud con cargo a al UPC de ser ordenado el mismo a través de tutela, se solicita se ordene el recobro ante el FOSYGA del 100%¹ de los gastos correspondientes por no encontrarse incluido en el POS, hizo alusión a la Resolución 5592 de 2015 artículos 3 y 132 que tratan de los principios generales para la aplicación del plan de beneficios en salud con cargo a la UPC y las condiciones de no cobertura de tecnologías con cargo a la unidad de pago por capitación.

Con base en las anteriores consideraciones solicita se deniegue por improcedente la acción de tutela contra la NUEVA E.P.S. S.A. y que en caso de que sea concedida se ordene en la parte resolutive que el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA o la entidad territorial correspondiente de acuerdo al régimen que corresponda (contributiva y/o subsidiado) pague a la NUEVA EPS SA el 100% del costo de los servicios que están fuera del POS y le sean suministrados a la usuaria, dentro de los quince (15) días siguientes a la formulación de la cuenta pertinente.

¹ La Ley 1438 de 2011 artículo 145 derogó los literales a) y j) de la Ley 1122 de 2007, que restringían el recobra en un porcentaje inferior al 100% del valor de los servicios excluidos de la cobertura del POS suministrada por las empresas promotoras de salud E.P.S.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Igualmente, que si la decisión es favorable se indique concretamente el servicio no POS que deber ser autorizado y cubierto por la entidad de manera específica en el falla a efectas de realizar el recabro ante el FOSYGA.

3. MINISTERIO DE SALUD (fls.

El Director Jurídico a través de correo electrónico enviado el 5 de octubre de los corrientes contestó en los siguientes términos:

Adujo que el Ministerio de Salud y Protección Social es el ente rector en materia de salud y le corresponde la formulación y adopción de las políticas, planes generales, programas y proyectos del sector salud y del sistema de seguridad social en salud, así como de dictar las normas administrativas -técnicas y científicas- de obligatorio cumplimiento para el mismo, pero en ningún caso será responsable directo de la prestación de servicios de salud, razón por la cual solicita se declare la impracedencia de la presente frente a esta, ya que la única responsable es la E.P.S. a la cual se encuentra afiliada la accionante.

Respecta a las terapias indicó que estas se encuentran incluidas en el anexo 2 de la Resolución No. 005592 de 24 de diciembre de 2015, en cuanto a las obligaciones de la E.P.S. citó el artículo 9 de la Resolución 5592 de 2015 y señaló que el servicio de enfermería o atención domiciliaria se encuentra contenida en la Resolución 5592 de 2015 que regula el Plan Obligatorio de Salud en la cual el artículo 27 hace una distinción entre lo que está y no está cubierta en el POS, igualmente separa las intervenciones propiamente sectoriales de otras necesidades de acompañamiento y precisa que la atención en la modalidad domiciliaria como alternativa de atención hospitalaria institucional está cubierta en casos en que el profesional tratante lo considere y que la misma abarca solo el ámbito de la salud sin recurso humanos con finalidad de asistencia o protección social como es el caso de los cuidadores.

Precisó que la atención domiciliaria cubierta en el POS es aquella que (1) es una alternativa a la atención hospitalaria institucional, es decir, aplica en los casos en que de no prestarse la atención domiciliaria la persona requeriría internación; (2) debe ser ordenada por el médico tratante quien evaluar la pertinencia de suministrar los servicios en el domicilio o en una institución hospitalaria; (3) se refiere a intervenciones propias del sector salud y (4) excluye otras formas de acompañamiento en el domicilio que pueden necesitar quienes padecen una enfermedad.

Señaló que en el presente caso debe distinguirse si lo que se solicita es una atención domiciliaria o un acompañamiento en el domicilio como necesidad de carácter social, en el primer caso cuando por ejemplo se requiere limpieza de heridas a aplicación de medicamentos intravenosos procedimientos que deben ser realizados por personal de la salud, en estos caso suele existir una orden médica en la que se explica la necesidad y el tiempo requerido, como si se tratare de hospitalización, también se necesita que se verifique las condiciones del domicilio del paciente para determinar si estas son adecuadas, porque en el caso de no ser viables la EPS no puede ordenar la atención domiciliaria o debe realizar las adecuaciones.

Respecto al acompañamiento estas se encuentran excluidas de la cobertura, caso en el cual el cuidador es de edad avanzada a necesita salir a trabajar para generar el ingreso, en este caso la Corte ha dispuesto que el deber de cuidado y acompañamiento corresponde principalmente a la familia.

Con base en lo anterior considera que si la accionante requiere atención domiciliaria en salud, se debe ordenar su provisión a la E.P.S. con cargo a los recursos de la UPC; si requiere adecuación del domicilio para hacer viable una atención domiciliaria también es responsabilidad financiera de la EPS ó si se trata de un caso en que la solicitud de atención domiciliaria corresponde a una necesidad que ha sido valorada por la familia no sería procedente ordenar el suministro con cargo al FOSYGA, por cuanto se afectaría

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001-3333-012-2016-00114-00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMÉNEZ en calidad de agente adiccioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

la capacidad del sistema general de seguridad social en salud de atender las necesidades de la población más pobre.

Advierte además que en varias municipalidades y departamentos existen programas especiales para proveer asistencia social a las personas de la tercera edad o en situación de discapacidad o en otras situaciones de vulnerabilidad, que podrían verse como una solución a la situación del demandante.

Afirmó que el profesional de la salud tratante cuenta con un mecanismo de aprobación de tecnologías en salud no cubiertas por la UPC al que deberá acudir forzosamente, salvo que se trate de las víctimas previstas en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011 a de una urgencia manifiesta a efecto de reconocer la misma.

Manifestó que cuando se prescriben servicios a tecnologías no cubiertas por el plan de beneficios, el médico tratante cuenta con un mecanismo de aprobación de tecnologías en salud no cubiertas por la UPC - a través de un aplicativo puesta a disposición por el Ministerio de Salud y Protección Social, es decir, el profesional tiene la facultad para prescribir y autorizar el servicio o medicamento que no esté en la Resolución No. 5592 de 2015 sin tener que acudir a un Comité Técnico Científico.

Señala que las EPS deben garantizar el suministro efectivos de las tecnologías prescritas por el médico, sin que se requieran autorizaciones salvo que se trate de servicios excluidos y que el Despacho debe abstenerse de atargar a la EPS recobra ante el FOSYGA pues así lo prevé la Corte en sentencia 760 de 2008 debido a que este proceso está regulado en la Resolución 5395 de 2013.

En cuanto a los insumos denominados pañales desechables, pañitos húmedos y crema señaló que estas no están incluidos en el POS por ende no están descritos en la Resolución 5592 de 24 de diciembre de 2015; respecto a las copagos y cuotas moderadoras indicó que están contempladas en el artículo 187 de la Ley 100 de 1993 con el objeto de racionalizar la utilización de los servicios de salud y contribuir al financiamiento del servicio, agregó que el copago se aplica de manera exclusiva a los afiliados beneficiarios y no al cotizante y que la cuota moderadora se aplica a beneficiarios y afiliados, a renglón seguido enumeró los servicios sujetos al cobro de copagos.

Respecto a la solicitud de tratamiento integral dijo que es necesario que el paciente o su médico tratante precise cuáles son los medicamentos y tratamientos que requiere para tal fin para que la entidad pueda determinar si está o no incluida en el POS, añadió que el fallo de tutela no puede ir más allá protegiendo derechos a futuro tal como lo dispone la sentencia T-469 de 2014.

A renglón seguido señaló los requisitos para que la acción de tutela prospere, mencionó los principios de legalidad del gasto público y de la buena fe en ejecución de las recursos del FOSYGA, con el fin de solicitar que en caso de prosperar la acción se ordene a la EPS garantizar la adecuada prestación de los servicios de salud POS o no POS y abstenerse de hacer pronunciamiento respecto del recobra ante el FOSYGA para que la accionada utilice los mecanismos legales y administrativos establecidos para tal fin.

2. REQUERIMIENTOS REALIZADOS

Mediante auto de cúmplase del 3 de octubre de la presente calendar se ordenó vincular al Ministerio de Salud y la Protección Social y su notificación para que en el término máximo de un día se manifestara respecto de la presente y se comunicó dicha determinación al accionante, ante el cual ésta presentó contestación (fs. 46-53)

A través del auto de cúmplase del seis (6) de octubre de los corrientes se ordenó citar al señor Tiberio Amézquita Jiménez con el fin de que rindiera declaración respecto de la situación económica de la señora María del Rosario Nemagá de Amézquita y su núcleo familiar (fl. 54)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DE ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

3. DECLARACION RENDIDA POR EL SEÑOR TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ (fls. 56 y vto)

El agente oficioso manifestó al Despacho que se dedica actualmente a cuidar a su esposa por su delicado estado de salud; que es pensionado del ISS y que recibe por dicho concepto el equivalente a un salario mínimo; que su esposa no recibe ningún ingreso; que actualmente la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita convive con él y que algunas veces uno de sus hijos los va a acompañar de noche; que tienen seis hijos de los cuales la mayor cuida niños por cuenta del Bienestar familiar, otra atiende pacientes y da clases de inglés y la otra es psicóloga por su parte sus hijos varones uno es ornamentador y trabaja en Medellín, otro trabaja en el campo y el último es fontanero de un acueducto en Villavicencio; que la hija que más los ayuda a cuidar se llama Mariela quien en sus ratos libres va mirar cómo están sus padres; que él ya se siente cansado pues lleva más de tres años cuidando a su esposa la cual le preocupa y lo tiene enfermo; que la señora María del Rosario toma una pastilla en la mañana y otra en la noche, que no está conectada a ningún aparato; que solicitan una terapeuta domiciliaria porque la EPS los manda de un lugar a otro y ella no se puede desplazar; que la señora María del Rosario puede ir al baño pero ayudándola pero que a veces requiere pañales; que los hijos de la accionante colaboran económicamente y de manera ocasional para la ayuda de los pañales; que el señor Tiberio Amézquita no recibe ningún ingreso económico adicional y que tiene pendiente la cirugía de una hernia y aporta en dos folios copia de su historia clínica.

III. CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

El artículo 86 de la Constitución Política de Colombia consagró el mecanismo de amparo de la acción de tutela, instituido para que toda persona pueda reclamar ante los Jueces la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales cuando alguno de éstos resulte vulnerado o amenazado por acción u omisión de cualquier autoridad pública o por las particulares encargadas de la prestación de un servicio público, conforme a lo preceptuado en el artículo 42 del Decreto 2591 de 1991.

Es de la esencia de la acción de tutela el procedimiento breve, sumario y antiformalista que finaliza con un fallo que expresa medidas concretas para que cese o se evite la violación de un derecho fundamental; protección que debe prestarse de inmediato, en tanto que busca evitar o superar un daño evidente, grave e irreparable.

Ahora bien, en este contexto y ante las pretensiones del actor deben realizarse las siguientes consideraciones:

1. Problema jurídico.

Corresponde a este despacho resolver si las entidades accionadas amenazan o vulneran el derecho fundamental a la salud y vida en condiciones dignas de la señora Rosario Nemogá de Amézquita, al negar el suministro domiciliario del servicio auxiliar de enfermería 24 horas y/o cuidador permanente, así como también ordenar las terapias físicas y ocupacional ordenadas por su médico tratante.

Para desarrollar el problema jurídico planteado se hace necesario establecer, cuál es el servicio que requiere la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita, si el de enfermería domiciliaria o el de cuidador permanente. Consecuencialmente, analizar si el servicio que necesita la accionante está incluido en el POS y determinar a quién le corresponde suministrarlo.

Finalmente, determinar si el Juez Constitucional tiene facultades para ordenar la provisión de suministros y apoyo médico asistencial no ordenado por el médico tratante.

1.1. Pracedencio de la acción de tutela.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 5001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

El artículo 86 de la Constitución Política reguló la acción de tutela para que las personas puedan reclamar ante los Jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública. Igualmente, sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salva que ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

El Decreto 2591 de 1991, reglamentario de la anterior disposición constitucional prevé en su artículo 2 que los derechos que constituyen objeto de protección por vía de la acción de tutela son los consagrados en la Carta Política como fundamentales, a aquellos que por su naturaleza permitan su amparo para casos concretos.

Seguidamente, el artículo 5 precisa que la aludida acción es viable contra toda acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares en los casos allí establecidos, siempre que con éstas se vulnere o amenace cualquiera de los derechos fundamentales establecidos en la Constitución Política, o que por su naturaleza se consideren como tal. Con toda, dicha disposición ordena que la procedencia de la tutela en ningún caso está sujeta a que la acción de la autoridad o del particular se haya manifestado en un acto jurídico escrito.

De otra parte, el artículo 6 del mencionada Decreto señala las causales de improcedencia de la acción de tutela, indicando, entre otros eventos, aquellos en los cuales se presenta la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, exceptuando la situación en la cual esta acción se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La misma norma señala, además, que la existencia de dichos mecanismos será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante.

Otros eventos de improcedencia del mecanismo constitucional bajo estudio, también contemplados en la norma antes citada, son los que tienen que ver con circunstancias relativas a que para proteger el derecho se pueda ejercer el recurso de *Habeas Corpus*, se pretenda la protección de derechos colectivos, se haya generado un daño consumado, o se trate de actos de carácter general, impersonal y abstracto.

Asimismo, el artículo 8 del pluricitado decreto, prescribe que aun cuando el afectado disponga de otro mecanismo de defensa judicial, procede el amparo por vía de tutela cuando ésta se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En este orden de ideas, al descender al caso concreto, este Despacho encuentra en primer lugar, que la parte actora invoca como derechos presuntamente vulnerados los derechos a la salud, integridad física y humana en conexidad con el derecho a la vida, a favor de la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita quien tiene 75 años de edad y padece de Alzheimer, así las cosas, la tutela es procedente por cuanto se trata de una persona de especial protección y en segundo término, porque no existe otro mecanismo de defensa judicial para lograr el amparo de dichos derechos fundamentales, razón por la cual resulta procedente esta acción constitucional y en consecuencia es dable examinar el fonda del asunto.

1.2.Principios y carácter fundamental de los derechos a la vida y a la salud.

Sobre el particular, sea lo primero indicar que conforme al artículo 11 de la Constitución Nacional, el derecho a la vida es **inviolable**.

Ahora bien, en la sentencia C-463 de 2008 la Honorable Corte Constitucional señaló, acerca de los principios y el carácter fundamental del derecho a la salud, lo siguiente:

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 16001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

"(...) La naturaleza constitucional del derecho a la seguridad social en salud junto con los principios que la informan han llevado a esta Corte a reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud."²

En este orden de ideas, conforme al artículo 49 de la Constitución Política, el cual establece que *"la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado"*, de manera que *"se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud"*, se establece el carácter universal del derecho a la salud y con ello su fundamentalidad, razón por la cual la Honorable Corte Constitucional, desde sus inicios, ha venido protegiendo este derecho por vía de la acción tutelar.

En virtud del entendimiento del derecho a la salud como un derecho constitucional con vocación de universalidad y por tanto de fundamentalidad, la Corte en su jurisprudencia, ha resaltado la importancia que adquiere la protección del derecho fundamental a la salud en el marco del Estado Social de Derecho, en cuanto afecta directamente la calidad de vida³.

Aunque de manera reiterada la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que el derecho a la salud eventualmente puede adquirir el estatus de derecho fundamental autónomo⁴ y por conexidad⁵, de forma progresiva la jurisprudencia constitucional ha reconocido su carácter de derecho fundamental considerado en sí mismo⁶. Al respecto, en la sentencia T-573 de 2005⁷, indicó:

"Inicialmente se dijo que el derecho a la salud no era por sí mismo un derecho fundamental y que únicamente sería protegido en sede de tutela cuando pudiera mostrarse su estrecha conexión con el derecho a la vida. (...) Con el paso del tiempo, no obstante, esta diferenciación tiende a ser cada vez más fluida, hasta el punto en que hay sería muy factible afirmar que el derecho a la salud es fundamental no sólo por estar conectada íntimamente con un derecho fundamental - la vida - pues, en efecto, sin salud se hace imposible gozar de una vida digna y de calidad - sino que es en sí misma fundamental. (...)"

Así las cosas, se puede considerar que el derecho a la salud es un derecho fundamental cuya efectiva realización depende, como suele suceder con otras muchas derechos fundamentales, de condiciones jurídicas, económicas y fácticas, así como de las circunstancias del caso concreto. Esta no implica, sin embargo, que deje de ser por ella un derecho fundamental y que no pueda gozar de la debida protección por vía de tutela, como sucede también con las demás derechos fundamentales. (...)"
 (Negrilla fuera del texto original).

De esta manera, y en aras de proteger los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna, en varias ocasiones⁸ la Honorable Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho a la prestación igualitaria, universal, continua, permanente y sin interrupciones **de los servicios de atención médica y de recuperación de la salud**.

² En concordancia con la norma constitucional, se puede consultar el artículo 12 del Pacta Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, según el cual, "1. Los Estados Partes en el presente Pacta reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacta a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todas sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad." En el mismo sentido, se encuentra la Observación No 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. El derecho al disfrute del nivel más alto posible de salud. "1. 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."

³ Ver entre otras muchas pronunciamientos de esta Corte la sentencia T-597 de 1993

⁴ En el caso de los niños, las personas de la tercera edad y las personas con discapacidad física o mental. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-085 de 2006, T-850 de 2002, T-1081 de 2001, T-822 de 1999, SU-562 de 1999, T-209 de 1999, T-248 de 1998

⁵ Cuando su afectación involucra derechos fundamentales tales como la vida, la integridad personal y la dignidad humana. Al respecto, se pueden consultar las siguientes sentencias: T-133 de 2007, T-964 de 2006, T-888 de 2006, T-913 de 2005, T-805 de 2005 y T-372 de 2005

⁶ Para el efecto, se pueden consultar las sentencias T-016 de 2007 y T-1041 de 2006.

⁷ MP. Dr. Humberto Sierra Porto.

⁸ Sentencias T-837 de 2006, T-672 de 2006, T-335 de 2006, T-922 de 2005, T-842 de 2005, T-573 de 2005, T-568 de 2005, T-128 de 2005, T-442 de 2003, T-1198 de 2003, T-308 de 2005, entre otras.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 150013333-012-2016-00114-00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficiosa de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionadas: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Ahora bien, el Alto Tribunal también ha insistido en que el sistema de seguridad social en salud se encuentra intrínsecamente vinculado a la satisfacción, protección y garantía de las necesidades básicas de la población, y de contera, a la efectividad de los derechos fundamentales, lo cual constituye una razón más para que, por conexidad, se entienda como un derecho fundamental de aplicación y protección inmediata. **Cabe recordar aquí, que por mandato expreso del artículo 44 Superior, el derecho a la salud de los niños, de las personas de la tercera edad, o sujetos de especial protección constitucional, es fundamental y, por consiguiente, no hay necesidad de relacionarlo con ningún otro para que adquiera tal status.**

De otro lado, la jurisprudencia reiterada de la Corte ha puesto de presente cómo, a pesar del carácter primariamente prestacional del derecho a la salud, el mismo debe ser objeto de protección inmediata cuando quiera que su efectividad comprometa la vigencia de otros derechos fundamentales, especialmente el derecho a la vida y a la dignidad personal.

Abundan los casos en los cuales la jurisprudencia sentada en sede de tutela ha amparado el derecho a la salud por considerarla en **conexión inescindible** con el derecho a la vida o a la dignidad, e incluso al libre desarrollo de la personalidad.⁹

Ahora bien, la Corte ha sostenido que la seguridad social – y por consiguiente la salud – como derecho constitucional, adquiere su connotación de fundamental cuando atañe a **las personas de la tercera edad y aquellas personas cuya debilidad es manifiesta**.¹⁰

Para ahondar en argumentos, resulta importante destacar lo expuesto por la Corte Constitucional en Sentencia T-391 de 2013, respecto de los componentes del derecho a la seguridad social. Nótese:

"5.1. De conformidad con lo previsto en el artículo 48 de la Constitución Política, la seguridad social goza de una doble connotación jurídica. Por una parte, es considerada un servicio público de carácter obligatorio, cuya prestación se encuentra regulada bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en acatamiento de los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. Y, por otra, se erige como un derecho irrenunciable, que debe ser garantizada a todas las personas sin distinción alguna y que comporta diversos aspectos, dentro de los que se destaca el acceso efectivo al Sistema General de Pensiones en sus dos modelos estructurales: el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad.

*5.2. Conforme con su configuración constitucional y dado su carácter de derecho irrenunciable, la seguridad social se inscribe en la categoría de los denominados derechos sociales, económicos y culturales, o de contenido prestacional, los cuales han sido entendidos por la jurisprudencia constitucional como aquellos cuya realización efectiva exige un amplio desarrollo legal, la implementación de políticas encaminadas a la obtención de los recursos necesarios para su materialización y la provisión de una estructura organizacional, que conlleva la realización de prestaciones positivas, principalmente en materia social, para asegurar unas condiciones materiales mínimas de exigibilidad."*¹¹

5.3. Sin embargo, recientemente, la Corte ha venido sosteniendo que, independientemente de su naturaleza, todas las derechos constitucionales, llámense civiles, políticos, sociales, económicos o culturales son fundamentales, en la medida en que "se conectan de manera directa con los valores que el constituyente quiso elevar democráticamente a la categoría de bienes especialmente protegidos por la Constitución". Bajo esa concepción, no explicada que el contenido prestacional de algunos derechos, es decir, la necesidad de desarrollo legal, económico y técnico, no es lo que determina su carácter fundamental, aun cuando tal hecho sí tiene incidencia directa en la posibilidad de que sean justiciables por vía de tutela, dada su definición y autonomía.

*Así, entonces, "la jurisprudencia ha distinguido entre (i) la fundamentalidad de los derechos, que se predica de todos y que surge de su relación con los valores que la Carta busca garantizar y proteger, y (ii) la posibilidad de que los mismos sean justiciables, lo cual, frente a los derechos de contenido prestacional, depende del desarrollo legislativo, reglamentario y técnico necesario para su configuración"*¹².

⁹Cf. entre otras, las sentencias T-409/95, T-556/95, T-281/96, T-312/96, T-165/97, SU-039/98, T-208/98, T-260/98, T-304/98, T-395/98, T-451/98, T-453/98, T-489/98, T-547/98, T-645/98, T-732/98, T-756/98, T-757/98, T-762/98, T-027/99, T-046/99, T-076/99, T-472/99, T-484/99, T-528/99, T-572/99, T-654/99, T-655/99, T-699/99, T-701/99, T-705/99, T-755/99, T-822/99, T-851/99, T-926/99, T-975/99, T-1003/99, T-128/00, T-204/00, T-409/00, T-545/00, T-548/00, T-1298/00, T-1325/00, T-1579/00, T-1602/00, T-1700/00, T-284/01, T-521/01, T-978/01, T-1071/01.

¹⁰Sentencia C-615-02, M.P. Marco Gerardo Manray Cabra.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERQ AMEZQUITA LIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

5.4. En ese orden de ideas, la corporación ha evolucionado en el sentido de **sostener que el derecho a la seguridad social, dada su vinculación directa con el principio de dignidad humana, tiene en realidad el carácter de derecho fundamental, pudiendo ser abjeta de protección judicial, por vía de la acción de tutela, en relación con las contenidas legales que le han dado desarrollo, y excepcionalmente, cuando la falta de ciertas contenidas afecta el mínimo de dignidad y la calidad de vida del afectada.** (Negrillas fuera de texto)

Así pues, es notorio cómo la Corte ha dado la interpretación necesaria de las disposiciones constitucionales, a efectos de poder identificar la Seguridad Social como un derecho de carácter fundamental, aún más, cuando se encuentra directamente relacionado con las afectaciones a los mínimos de dignidad y calidad de vida de la persona afectada, máxime cuando la misma se encuentra en estado de **debilidad manifiesta, constituyéndose así en un sujeto de especial protección constitucional.** Se concluye así, que el derecho indicado es susceptible de ser protegido por vía tutelar, en razón a su núcleo esencial.

Ahora bien, teniendo en cuenta la evolución del derecho a la salud, es necesario anotar que, la Corte Constitucional, mediante la sentencia T - 760 de 2008 evolucionó en lo referente a la caracterización del derecho fundamental como conexo a la vida, teniendo en cuenta que, ahora el mismo deberá entenderse como **fundamental autónomo**, toda vez que, su carácter es vital para el desarrollo de la vida en condiciones dignas.

Sumado a lo anterior, la ley estatutaria 1751 de 2015, ratificó el carácter fundamental autónomo, al determinar:

"Artículo 2º. Naturaleza y contenido del derecho fundamental a la salud. El derecho fundamental a la salud es autónomo e irrenunciable en lo individual y en la colectiva.

Comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación, el mejoramiento y la promoción de la salud. El Estado adaptará políticas para asegurar la igualdad de trato y oportunidades en el acceso a las actividades de promoción, prevención, diagnóstico, tratamiento, rehabilitación y paliación para todas las personas. De conformidad con el artículo 49 de la Constitución Política, su prestación como servicio público esencial obligatorio, se ejecuta bajo la indelegable dirección, supervisión, organización, regulación, coordinación y control del Estado."

Se evidencia entonces como, el Congreso de la República, en armonía con las determinaciones dadas por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, da el reconocimiento fundamental al derecho autónomo de salud, convirtiéndose en un derecho que no requiere de la afectación adicional de otro para verse tutelado por la jurisdicción y no requiriendo análisis adicional para proceder a su estudio y eventual protección.

1.3. Derecho a la salud de las personas de la tercera edad

Los artículos 13 y 46 de la Constitución política, hacen énfasis en que los adultos mayores necesitan una protección preferente, debido a las especiales condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran, por lo cual el Estado debe garantizar los servicios de seguridad social integral a estos, dentro de los cuales se encuentra la atención oportuna en salud.

Por su parte el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU, en su Observación General No. 14: *"reafirma la importancia del enfoque integrado de la salud que abarque la prevención, la curación y la rehabilitación. Esas medidas deben basarse en reconocimientos periódicos para ambos sexos; medidas de rehabilitación física y psicológica destinadas a mantener la funcionalidad y la autonomía de las personas mayores; y la prestación de atención y cuidados a los enfermos crónicos y en fase terminal, ahorrándoles dolores evitables y permitiéndoles morir con dignidad"*.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 5001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oñioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA EPS"

Teniendo en cuenta que las personas de la tercera edad tienen derecho a una protección reforzada en salud y las entidades prestadoras de salud están obligadas a prestarles la atención médica que requieran, la Corte Constitucional ha afirmado que una Empresa Promotora de Salud vulnera el derecho a la salud de una persona de la tercera edad cuando niega un servicio, medicamento o tratamiento incluido o excluido del POS, cuya necesidad ha sido determinada por un médico o por la patología que padece resulta evidente¹¹.

De otra parte, la protección reforzada se materializa con la garantía de una prestación continua, permanente y eficiente de los servicios de salud que el usuario requiera, lo cual implica, de ser necesario el suministro de medicamentos, insumos o prestación de servicios excluidos del Plan Obligatorio de Salud¹².

En este sentido, en la sentencia T-091 de 2011, indicó la Corte que el principio de integralidad en la prestación del servicio de salud en los adultos mayores, *"implica el deber de brindar la atención completa en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios. Lo anterior es reforzado por el mandato constitucional de una mayor protección al derecho fundamental a la salud de las personas de la tercera edad y la obligación del Estado de garantizar la prestación del derecho a la seguridad social (Art. 13 y 46 CP)."*

La prestación de atención en salud en pacientes de la tercera edad igualmente impone dar aplicabilidad al principio de continuidad, en tanto su inobservancia en personas de avanzada edad con afectación de la salud puede poner en riesgo la vida.

1.4. Servicio auxiliar de enfermería y cuidador permanente en el régimen de seguridad social en salud

La Ley 100 de 1993 es el marco legal del cual se han desplegado los derechos de las afiliados al Régimen de Seguridad Social en Salud, así mismo, ha fijado las reglas conforme a las cuales, dichos usuarios, tienen acceso a un grupo prestaciones específicamente dispuestas en el Plan Obligatorio de Salud –POS a cargo de las entidades que lo integran.

El plan obligatorio de salud "POS" está contemplado íntegramente en la Resolución 5521 de 2013¹³, y cubre a todos los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, independientemente que estos se encuentren vinculados al régimen contributivo o subsidiado de salud¹⁴.

Con base en lo anterior, todos los usuarios del Sistema de Salud tienen derecho a exigir el suministro y acceso a las tecnologías en salud¹⁵ que estén incluidas en el POS tal como lo ha dispuesto la Corte Constitucional:

"Así las cosas, puede sostenerse que tiene naturaleza de derecho fundamental, de manera autónoma, el derecho a recibir la atención de salud definidas en el Plan Básico de Salud, el Plan Obligatorio de Salud y el Plan Obligatorio de Salud Subsidiado –Ley 100 de 1993 y sus normas complementarias -, así como respecto de las elementos derivadas de las obligaciones básicas definidas en la Observación General N° 14. Lo anterior por

¹¹ Sentencias T-760 de 2008, T 365 de 2009 y T-554 de 2003.

¹² Por ella en la sentencia T-905 de 2010, al considerar *"que la aplicación del Plan Obligatorio de Salud no puede desconocer derechos constitucionales fundamentales, lo cual ocurre cuando una EPS interpreta y aplica la reglamentación y excluye la práctica de procedimientos o intervenciones y el suministro de insumos o medicinas, directamente relacionados con la vida de los pacientes o su dignidad, con el argumento exegético de que se encuentran excluidos del POS"*[26] se inaplicó la exclusión que tiene el POS sobre el suministro de la silla de ruedas solicitada por una paciente discapacitada de 77 años de edad[26], de modo que ordenó la entrega de ese insumo.

¹³ *"Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)."*

¹⁴ A partir de la expedición de los Acuerdos 011 de 2010, 027 de 2011 y 032 de 2012 de la Comisión de Regulación en Salud, se unificó el Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo y subsidiado para toda la población.

¹⁵ *"Tecnología en salud: Concepto que incluye todas las actividades, intervenciones, insumos, medicamentos, dispositivos, servicios y procedimientos usados en la prestación de servicios de salud, así como los sistemas organizativos y de soporte con las que se presta esta atención en salud."* Resolución 005521 de 2013.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

cuanto se han definido los contenidos precisos del derecho, de manera que existe un derecho subjetivo claro a favor de quienes pertenecen a cada una de los subsistemas – contributivo, subsidiado, etc.”¹⁶

De conformidad con el texto descrito, el acceso a cualquier actividad, intervención, insumo, medicamento, dispositivo, servicio o procedimiento que se encuentre incluido en la cobertura del POS, debe ser garantizado por el sistema a los afiliados, de tal manera que la negación de las Entidades Prestadoras de Salud al suministro de tales tecnologías constituye una vulneración del derecho a la salud de las personas, y, en consecuencia, la acción de amparo constitucional estaría llamada a proveer la salvaguarda de dicha garantía fundamental.

Vale la pena reiterar que cuando un servicio se encuentra contemplada en el POS la EPS tiene el deber legal de garantizarlo y suministrarlo a sus usuarios, ahora procede este estrado judicial a citar la sentencia T-154 de 2014¹⁷ para definir en qué consiste el servicio de enfermería domiciliario y el de cuidador permanente, a determinar si estos se encuentran contemplados en el POS y a establecer cuáles son los requisitos para tener acceso a los mismos:

*“(…) 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”¹⁸. 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 carga a los recursos que perciben para tal fin, en todas las fases de la atención, para todas las patologías y condiciones clínicas del afiliado”¹⁹.*

En este orden de ideas, para que un afiliado pueda acceder al servicio de salud en comenta, 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”²⁰ 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 a 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”²¹. (Negrilla del Despacho)

¹⁶ Sentencia T-859 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett.

¹⁷ Sentencia T-154/14, Magistrado Ponente: LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ, Referencia: expedientes (i) 1-4.096.964 y (ii) T 4.104.955 (acumuladas). Bogotá, D.C., catorce (14) de marzo de dos mil catorce (2014).

¹⁸ Resolución 5521 de 2013.

¹⁹ Al respecto del servicio de enfermería en el domicilio del afiliado, entendido como una atención domiciliaria, el Artículo 29 de la Resolución 5521 de 2013 afirma la siguiente: “La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada solo para el ámbito de la salud y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud”.

²⁰ Sentencia T-274 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²¹ *Ibidem*. En el mismo sentido esta Corte lo ha expresado de la siguiente manera: “en el Sistema de Salud, la persona competente para decidir cuándo alguien requiere un servicio de salud es el médico tratante, por estar capacitado para decidir con base en criterios científicos y por ser quien conoce al paciente.” Criterio expresado en la Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, la cual reitera la posición desarrollada, entre otras, en las siguientes sentencias: T-271 de 1995, M.P. Alejandra Martínez Caballera, SU-480 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballera, SU-819 de 1999, Álvaro Tafur Galvis, T-414 de 2001, M.P. Clara Inés Vargas Hernández, y T-344 de 2002, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. // Así pues, “Siendo el médico tratante la persona facultada para prescribir y diagnosticar en uno u otro sentido, la actuación del Juez Constitucional debe ir encaminada a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente y a garantizar el cumplimiento efectiva de las garantías constitucionales mínimas, luego el juez no puede valorar un procedimiento médico. Por ello, al carecer del conocimiento científico adecuado para determinar qué tratamiento médico requiere, en una situación dada, un paciente en particular podría, de buena fe pero erróneamente, ordenar tratamientos que son ineficientes respecto de la patología del paciente, o incluso, podría ordenarse alguno que cause perjuicio a la salud de quien busca, por medio de la tutela, recibir atención médica en amparo de sus derechos. Por lo tanto, la condición esencial para que el juez constitucional ordene

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001-3333-012-2016-00114-00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

En la relacionada con el servicio de cuidador la sentencia en cita señaló:

*"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 sujetas 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 diaria²² de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado²³, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan²⁴.*

Teniendo en cuenta la anterior, la Sala encuentra, primera, 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 salud²⁵, y segunda, 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 próximas o

que se suministre un determinado procedimiento médico o en general se reconozcan prestaciones en materia de salud, es que éste haya sido ordenado por el médico tratante, pues lo que se busca es resguardar el principio según el cual, el criterio médico no puede ser remplazado por el jurídico, y solo los profesionales de la medicina pueden decidir sobre la necesidad y la pertinencia de un tratamiento médico." Sentencia T-345 de 2013, M.P. María Victoria Calle Carrea.

²² "Las actividades de la vida diaria son aquellas actividades que realizamos diariamente a prácticamente a diario y que nos permiten el disfrute de una vida en condiciones de dignidad suficiente. // Incluyen la satisfacción de nuestras necesidades más básicas como la comida, el aseo y la comunicación con las demás y todo aquello que conforma el desenvolvimiento en el contexto que la persona habita". Dentro de las actividades básicas de la vida diaria encontramos las siguientes: "vestirse, asearse, comer, uso del WC y control de esfínteres, desplazarse dentro del domicilio". Y al interior de las actividades instrumentales las que a continuación se enuncian: "tomar la medicina, hablar por teléfono, desplazarse fuera del hogar y en medios de transporte, subir escalones, realizar actividades domésticas (limpiar, recoger, etc.), administrar el propio dinero, visitar al médico, realizar gestiones, comprar bienes necesarios y relacionarse con otras personas" (Gobierno de España., Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad., & Cruz Roja Española. *SerCuidadora/SerCuidador. Guías de apoyo para personas cuidadoras*. Recuperada el 06 de marzo de 2014, de <http://www.sercuidador.org/Guías-apoyo-personas-cuidadoras-CRE/pdf/SerCuidadora-Guías-apoyo-personas-cuidadoras-CruzRoja.pdf>).

²³ En el estudio adelantado por el Gobierno de España junto con la Cruz Roja Española (citado en el pie de página inmediatamente anterior), se precisó la siguiente: "Los cuidadores no profesionales de personas en situación de dependencia son aquellas personas (familiares o amigos) que prestan a una persona con dependencia los apoyos necesarios para satisfacer sus necesidades básicas y aquellas otras necesidades derivadas de su condición de dependencia. // Aunque todos los miembros de una familia pueden prestar los apoyos de forma que se reparte la carga y las responsabilidades, lo común es que exista la figura del Cuidador Principal: aquel miembro de la familia que se ocupa mayoritariamente del cuidado del familiar con dependencia, asumiendo un mayor grado de responsabilidad en los cuidados, en el tiempo y esfuerzo invertido y en la toma de decisiones".

²⁴ De forma aún más concreta, en un estudio especializado realizado a cuidadores principales de personas en situación de enfermedad crónica discapacitante en el municipio de Chía, Colombia, se definió al cuidador principal como la "persona familiar o cercana que se ocupa de brindar de forma prioritaria apoyo tanto físico como emocional a otra de manera permanente y comprometida". (Vanegas, B. (2006). *Habilidad del cuidador y funcionalidad de la persona cuidada*. Aquichán, 6, 137-147. Estudio auspiciado por la Universidad de la Sabana, Colombia).

²⁵ Al respecto de este punto, incluso el Plan Obligatorio de Salud vigente en su Artículo 29 establece que la cobertura de la atención domiciliar suministrada a los pacientes que la requieren "no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud", pues dicha asistencia está dada solamente para el ámbito de la salud.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 5001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: THERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

cercanos. En este sentido lo expresó la sentencia T-801 de 1998²⁶ 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 las 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 2001²⁷ 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 las 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 protección²⁸.

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 ella 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 observancia²⁹.

En concordancia con lo arriba planteado, es pertinente resaltar lo dicho en la sentencia T-782 de 2013³⁰, 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, debida a que por esa causa no pueden acceder a un requerimiento de salud y se afecta la dignidad humana, el Estado está abligado 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 comprometido 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

²⁶ M.P. Eduarda Cifuentes Muñoz.

²⁷ M.P. Alfredo Beltrón Sierra.

²⁸ Sentencia T-801 de 1998, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

²⁹ Sentencia T-730 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

³⁰ M.P. Nilsan Pinilla Pinilla. // En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba "postrada en cama"; allí, el mismo galeno "reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primario, afirmando que el paciente no tiene necesidades del primero, pues no se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A lo par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeros para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria "salud en casa".

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 13001 3333 012 – 2016 – 00114 – 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA J. MÉNEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA EPS"

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.

En jurisprudencia reciente la Honorable Corte Constitucional reiteró en sentencia T-220 de 2016³¹ la siguiente:

"10. El artículo 8 de la Resolución 5521 de 2013 que fijó el plan obligatorio de salud, señala que la atención médica domiciliaria es 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". Este servicio, en consecuencia, se encuentra cubierto por el POS, de acuerdo con lo que dictamine el médico tratante.

11. Por otro lado, el cuidador de personas en situación de dependencia, es una figura distinta "que se entiende como aquel que realiza una actividad social, de ayuda y acompañamiento a quienes se hallan en total situación de dependencia"³². La sentencia T-154 de 2014³³ sistematizó las características de los cuidadores de la siguiente manera:

(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 diaria³⁴ de la persona dependiente, y aquellas otras necesidades derivadas de la condición de dependencia que permitan un desenvolvimiento cotidiano del afectado³⁵, y por último, (iv) brindan, con la misma constancia y compromiso, un apoyo emocional al sujeto por el que velan.

12. No obstante lo anterior, el artículo 23 de la Resolución 5521 de 2013 excluyó del plan obligatorio de salud, taxativamente, el servicio de cuidador al establecer que la atención domiciliaria no cubre "recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores". Frente a este aspecto, la Corte ha señalado que "en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad"³⁶.

13. Igualmente, esta corporación en sentencia T-801 de 1998³⁷ señaló que "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)".

14. Pese a la anterior, la Corte Constitucional ha precisado que "na siempre las parientes con quien convive la persona dependiente se encuentran en posibilidad física, psíquica o emocional de proporcionar el cuidado requerida por ella. Pese a que sean los primeros

³¹ Sentencia T-220/16, Referencia: expediente T-5327087 (AC), Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., das (2) de mayo de dos mil dieciséis (2016).

³² M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Montelo.

³³ "Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones".

³⁴ Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

³⁵ Ley 100 de 1993, artículo 156.

³⁶ M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

³⁷ Sentencia T-760 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

llamadas a hacerla, 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”³⁸

15. En armonía con lo expuesto, la sentencia T-154 de 2014³⁹ indicó que la responsabilidad de atención del paciente es de los familiares, siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(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**⁴⁰.

16. Par el contrario, si alguna de las condiciones antes señaladas no se reúne, en particular, porque los que rodean al paciente no se encuentran en capacidad de atenderlo de forma constante ni de asumir el costo del servicio, se activa el principio de solidaridad en cabeza del Estado. En suma, “campea en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el paciente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechas lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. Con toda, si estos no se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionada por el Estado” (Negrilla del Despacho)

1.5. Servicio de terapias domiciliarias

La Corte en innumerables oportunidades se ha enfrentado a casos donde los accionantes le solicitan al juez de tutela que se le ordene a las entidades prestadoras de salud la prestación del servicio de terapias domiciliarias. La Corporación al analizar este tipo de casos, ha sido reiterativa en que es necesario constatar el cumplimiento de los requisitos exigidos por la jurisprudencia para conceder un servicio no POS.

Así, ha precisado el Máximo Tribunal Constitucional que cuando no se cumpla con el requisito de mediar una orden médica por parte de un profesional adscrito a la EPS, y pese a que exista una duda razonable sobre la necesidad del servicio solicitado, **el juez de tutela no cuenta con los conocimientos necesarios para determinar la necesidad o urgencia del servicio, razón por la cual, y en aras de salvaguardar el derecho al diagnóstico, ha ordenado una valoración del paciente por parte del equipo médico de la entidad accionada, de tal manera que éste determine si es necesaria la prestación requerida, y, en caso que la respuesta sea afirmativa, deberá prestar el servicio con cargo al FOSYGA.**

Así lo señaló en la sentencia T-091 de 2011, donde resolvió el caso de un señor de 84 años, quien sufrió un accidente cerebro vascular isquémico que le generó una parálisis en el lado izquierdo de su cuerpo, que le imposibilita valerse por sus propios medios, requiriendo ayuda para realizar sus necesidades personales básicas:

³⁸ Anteriormente esta regulación se encontraba consagrada en los artículos 42 y 43 del Acuerdo 029 de 2011 de la Comisión de Regulación en Salud.

³⁹ Sentencias T-745 de 2009 (M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo); T-365 de 2009 (M.P. Mauricio González Cuervo); T-587 de 2010 (M.P. Nilson Pinilla Pinilla); T-022 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva); T-481 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-173 de 2012 (M.P. María Victoria Calle Correa).

⁴⁰ Sentencias T-246 de 2010 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-481 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBER O AMEZQUITA JIMÉNEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

"Empero, para la Sala salta a la vista que se debe proteger el derecho al diagnóstico referido a la necesidad de las prestaciones médicas señaladas. **Por lo tanto, la Nueva E.P.S deberá realizar la valoración correspondiente para determinar si el señor Neftalí Rueda Delgado requiere de terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transparte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, así como médico domiciliario al menos una vez por semana.**

De similar manera, dado que la patología del accionante lo convierte en un paciente crónica somático "con una enfermedad orgánica con curso prolongado, que para su atención requiere de acciones a mediana y largo plazo;"⁴¹ se escapa a la órbita del juez constitucional señalar la periodicidad del tratamiento necesario para el señor Rueda, pues esto, sólo lo puede determinar el médico tratante. **En esta lógica, se debe proteger el derecho al diagnóstico y ordenar que se realice cada dos (2) meses la valoración médico correspondiente a: las terapias del lenguaje, ocupacional y fisioterapias diarias, transparte en ambulancia para llevar a control de cardiología y demás controles que requiera, médico domiciliario al menos una vez por semana".**

En sentencia T-840/012⁴², el Honorable Corte Constitucional ordenó lo siguiente:

"4.4. Así las cosas esta Sala reitera que toda persona tiene derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requiera. Para ello, las entidades encargadas de garantizar la prestación de los servicios de salud, EPS, deben remover todas las barreras y obstáculos que impidan su acceso efectivo, y además deben adelantar todas las gestiones necesarias y suficientes para que quien requiera las prestaciones, o las requiera con necesidad, pueda efectivamente obtenerlas.⁴³ En el caso objeto de estudio, la Corte advierte que el usuario efectivamente requiere el servicio de atención médica domiciliaria (terapias físicas y respiratorias, servicio de enfermería y visitas de medicina general, de acuerdo a las órdenes de los médicos internistas que han tratado su enfermedad⁴⁴ y que están adscritos a la ESP⁴⁵). No obstante, no ha podido acceder a dichos servicios debido a la renuencia de la entidad en prestar el servicio, entre otras bajo el argumento de no contar con un proveedor de tales servicios en el municipio de su residencia. Pero la Sala ya mostrará que este argumento no es válido, y por tanto ratifica la Nueva EPS violó el derecho del señor Hernández Zárate a la salud y, en consecuencia, ordenará la correspondiente"

1.6. Suministro de pañales

En sentencia T-974 de 2011 la Corte Constitucional realizó las siguientes consideraciones respecto al suministro de pañales reiterando que los mismos son elementos que si bien no contribuyen al mejoramiento de la salud de los usuarios, si ayudan a resguardar y hacer más tolerable la existencia de aquellas personas que debido a su condición específica de salud necesitan de manera permanente de estos elementos.

"(...)

Debida a que los pañales son elementos NO POS, el juez de tutela antes de ordenar el suministro de estos debe constatar que se cumplan los requisitos descritos en el acápite anterior. **No obstante, en algunas ocasiones la Corte ha obviado el cumplimiento del tercer requisito, - la orden del médico tratante- pues ha considerado que la necesidad sobre el uso de pañales desechables salta a la vista por las enfermedades que aquejan al tutelante, a pesar que los galenos no lo hayan prescrito.**⁴⁶

Igualmente, en sentencia T-320 de 2011, se le ordenó a la Nueva EPS el suministro de pañales a un señor de 86 años quien padecía de una enfermedad obstructiva crónica y

⁴¹ Acuerdo 008 de 2009 Art. 26.

⁴² Sentencia T-840/012, Referencia: expediente T-3513576, Magistrada Ponente: MARÍA VICTORIA CALLE CORREA, Bagatá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012)

⁴³ Así lo señaló la Corte en la sentencia T-760 de 2008 (MP, Manuel José Cepeda Espinosa) - Apartado 8.1. Esta posición ha sido reiterada por la Corte en las sentencias T-694 de 2009 (MP, Nilson Pinilla Pinillo), T-091 de 2011 (MP, Luis Ernesto Vargas Silva) y T-320 de 2011 (MP, Jorge Iván Palacio Palacio), entre otras. En todas estas la corte tuteló los derechos fundamentales de personas que requieran el servicio de atención médica domiciliaria y señaló que todas las personas tenían derecho a acceder integralmente a los servicios de salud que requieran

⁴⁴ Obra copia de los órdenes de servicios médicos domiciliarios en los folios 34-44.

⁴⁵ Se puede constatar en los órdenes médicos y en la historia clínica del paciente que efectivamente la EPS Nueva tiene convenio con la Clínica Nueva San Sebastián donde han atendido al actor.

⁴⁶ Cita de la sentencia T-053 de 2011

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001-3333-01-2-2016-00114-00
 Accionante: TIBFRIQ AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficiario de: MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

que debido a sus condiciones específicas de salud necesitaba pañales, de la siguiente manera:

*"... si bien es cierto que **en el expediente de tutela no obra fórmula médica** que permita precisar que al señor Camacho Pinzón le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., de la historia clínica del paciente **se infiere que éste requiere la utilización de pañales desechables para sobrellevar sus enfermedades**. De manera que, con la negativa de la entidad accionada de suministrar dichos elementos se vulnera el derecho fundamental a la salud y la vida digna".*

*En resumen, el juez de tutela debe constatar el cumplimiento de los requisitos establecidos por la jurisprudencia para ordenar el suministro de cualquier medicamento o procedimiento no POS. **Sin embargo, la Corte ha establecido una excepción en cuanto a la verificación del requisito de la prescripción médica consistente en que cuando existe un sujeto de especial protección y debido a sus condiciones específicas de salud resulta evidente el uso de pañales**, lo cual debe estar debidamente probado en el expediente, se puede ordenar la entrega de estos previa valoración del médico donde se indique la cantidad, la calidad y demás especificaciones que considere necesarias el galeno. Todo esto con el ánimo de garantizarle una vida en condiciones dignas⁴⁷.*

En el caso analizado por la Corte en la sentencia T-974 de 2011, se verificó que la persona en favor de quien se interpuso la acción de tutela, requería por su estado de salud de los pañales desechables para disfrutar una mejores condiciones de vida, que éstos no podía ser reemplazados por otro elemento que hiciera parte del POS y que la paciente no contaba con los recursos económicos suficientes para sufragarlos. En cuanto a la exigencia de que los pañales hayan sido prescritos por el médico tratante, se estimó que dicho requisito no era necesario, en tanto era evidente la necesidad que tenía la accionante de los mismos.

Ahora bien, el Consejo de Estado en un caso de idénticos contornos facticos a las aquí descritos⁴⁸, al realizar un estudio del contenido de las sentencias T-320 y 974 de 2011, condensó las subreglas para la procedencia del amparo en caso de personas de la tercera edad que requieren del suministro de pañales así:

1. "Los pañales desechables se encuentran excluidos del POS, motivo por el cual para que los mismos deban ser suministrados por las EPS, se requiere verificar los siguientes requisitos: (i) que la falta de los mismos vulnere o amenace los derechos a la vida digna y a la integridad personal de quien los necesita; (ii) que no puedan ser sustituidos por otro elemento que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) que hayan sido prescritos por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio, o no siendo así, que dicha entidad no haya desvirtuado con razones científicas la necesidad de los mismos; y (iv) la falta de capacidad económica del peticionario para costearlos.

2. Respecto al tercer requisito antes señalado, en ocasiones puede prescindirse del mismo cuando de los pruebas aportadas al proceso se tiene que es evidente que el paciente requiere los pañales desechables.

3. Cuando es procedente el suministro de los pañales desechables por parte de las EPS, éstas tienen derecho a recabar al FOSYGA." (Negritas y subrayas fuera del texto).

Recientemente, en relación con el tema de los pañales la Corte⁴⁹ precisó lo siguiente:

"La Corte Constitucional ha identificado diversos escenarios de protección en los que el suministro de ciertos medicamentos o insumos resultan necesarios para procurar condiciones dignas de existencia a pesar de las circunstancias generadas por ciertas

⁴⁷ Sentencias T-053 de 2011.

⁴⁸ Consejo de Estado - Sala de lo Contencioso Administrativo - Sección Segunda - SUBSECCION B - Consejero ponente: GERARDO ARENAS MONSALVE 6 de junio de 2013 - Radicación número: 25000-23-42-000-2013-00489-01(AC) -Actor: ALLISON RAMÍREZ ORTEGÓN como agente oficiario DE RAISA INÉS ORTEGÓN DE RAMÍREZ - Demandado: COOMEVA EPS.

⁴⁹ Sentencia T-056/15, Referencia: Expedientes: T-4.515.088, T-4.516.453, T-4.516.471, T-4.521.732, T-4.521.813, T-4.522.415, T-4.541.364, T-4.542.891, T-4.543.992, T-4.568.645, T-4.570.850, T-4.547.189, T-4.552.600 y T-4.554.143, Magistrado (e) Sustanciadora: MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ, Bogotá D.C., doce (12) de febrero de dos mil quince (2015)

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 – 2016 – 00114 – 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

patalagías. Tal es el caso de las personas que en razón de la enfermedad o discapacidad tienen impedida la locomoción o se ha eliminado el control de esfínteres, alterándose significativamente la posibilidad de realizar sus necesidades fisiológicas en condiciones regulares. En estos eventos "los accionantes tienen derecho a acceder al servicio de salud que disminuya la incomodidad e intranquilidad que les genera su incapacidad física. Si bien las pañales desechables no remedian por completo esta imposibilidad, sí permiten que las personas puedan gozar de unas condiciones dignas de existencia"⁵⁰.

Por ello, la negativa del suministro de pañales desechables a los pacientes que padecen enfermedades que limitan su movilidad o que impiden el control de esfínteres, implica someterlos a un trato indigno y humillante que exige la intervención del juez constitucional⁵¹.

En numerosas decisiones, entre ellas las Sentencias T-752 de 2012 y T-152 de 2014, la Corte ha resaltado la importancia de los pañales desechables para las pacientes que se encuentran inmobilizadas, puesta que protegen su dignidad humana. Esta posición de la Corte Constitucional ha sido reiterada en casos de personas que padecen isquemias cerebrales⁵²; malformaciones en el aparato urinario⁵³; incontinencia como secuela de cirugías a derrame cerebral⁵⁴; parálisis cerebral y epilepsia⁵⁵, párkinson⁵⁶, entre otras, y aún en los casos en que carecen de prescripción médica, cuando se ha verificado que los accionantes sufren graves enfermedades que deterioran de forma permanente el funcionamiento de sus esfínteres, dependen de un tercero para realizar sus actividades básicas y ellas o sus familias no tiene la capacidad económica para asumir el pago de los elementos de aseo⁵⁷. Esto quiere decir que, como lo ha señalado con insistencia la jurisprudencia constitucional, los insumos referidos pueden ser ordenados sin la existencia de la orden del médico tratante".

3. Caso concreto

Sea lo primero indicar que el señor **TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ** quien actúa como agente oficioso de su esposa la señora **MARIA DEL ROSARIO NEMOGÁ DE AMEZQUITA**, considera transgredidos los derechos y garantías fundamentales a la salud, integridad física y humana y conexidad con el derecho a la vida, por parte de la **NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD** y la vinculada **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL**, en razón a que estas le negaron a la accionante los servicios médicos de terapias físicas y ocupacionales domiciliarias, la designación de una auxiliar de enfermería las veinticuatro horas del día los siete días de la semana y el suministro de pañales.

Según las contestaciones realizadas por cada una de las entidades accionadas respecto a la presente acción constitucional, y con el ánimo de desatar los problemas jurídicos planteados en acápites precedentes de este proveído, el Despacho debe señalar que dentro del expediente se encuentra acreditado:

-Que Tiberio Amézquita Jiménez y María del Rosario Nemogá de Amézquita son casados, según declaración rendida el siete de octubre de la presente calenda (fl. 56 y vto)

-La señora María del Rosario Nemogá de Amézquita, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.288191 padece de Alzheimer desde el 16 de abril de 2013, tiene 75 años de edad, según se observa de su historia clínica (fls. 4-8, 13-14 y vto))

-Dentro de los diagnósticos efectuados por el profesional de neurología de la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita se encuentran los siguientes:

"07/05/2016

⁵⁰ Sentencia T-110 de 2012.

⁵¹ Respecta del suministro de pañales como servicio médico para garantizar la vida en condiciones dignas, pueden observarse, entre otras, las sentencias: T-023 de 2013, T-039 de 2013, T-383 de 2013, T-500 de 2013, T-549 de 2013, T-922A de 2013, T-610 de 2013, T-680 de 2013, T-025 de 2014, T-152 de 2014, T-216 de 2014 y T-401 de 2014.

⁵² Sentencia T-099 de 1999. En forma reciente fallo T-054 de 2014 en el expediente T-4062223

⁵³ Sentencia T-460 de 1999.

⁵⁴ Sentencias T-1589 de 2000; T-899 de 2002 y T-1219 de 2003.

⁵⁵ Sentencias T-053 de 2009, T-114 de 2011, T-1030 de 2012, T-025 de 2014.

⁵⁶ Sentencia T-160 de 2011.

⁵⁷ Sentencias T-023, T-039, T-243, T-383, T-594 de 2013, T-216 de 2014 y T-025 de 2014.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 5001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficiado de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

PTE DE 76 AÑOS CON ENFERMEDAD DE ALZHEIMER QUE ACUDE EN COMPAÑÍA DE HIJA A CONTROL, MAS DE 3 AÑOS DE EVOLUCIÓN, PRESENTA AFECTACION DE LA MARCHA NO PUEDE SOSTENERSE DE PIE, PRESENTA AFECTACION DEL ESTADO DE ANIMO, LLORA SIN MOTIVO, NO TRASTORNOS DEL PATRÓN DE SUEÑO, HABLA POCO, NECESITA SUPERVISION PARA LAS ACTIVIDADES BASICAS DE LA VIDA DIARIA " (SIC) (fl.5)

25/06/2016

DEMENCIA TIPO ALZHEIMER AVANZADA CON AFECTACION DE REFLEJOS POSTURALES Y TRASTORNO DEL ESTADO DE ANIMO, GDS 6-7

(...)

PTE REQUIERE AYUDA PARA ACTIVIDADES DIARIAS. ESCALA DE BARTHEL: 15 PUNTOS

(...)

INDICO TERAPIA FISICA Y OCUPACIONAL DOMICILIARIA." (vto fl. 6, fl.14 y vto)

17/09/2016

DEMENCIA TIPO ALZHEIMER AVANZADA CON AFECTACION DE REFLEJOS POSTURALES Y TRASTORNOS DEL ESTADO DE ANIMO, GDS 6-7.

ACUDE A CONSULTA EN COMPAÑÍA DE FAMILIARES QUE REFIERE QUE LAS ALTERACIONES DE CONDUCTA HAN AMANTADO ESTA MUY INQUIETA SE LEVANTA EN LA NOCHE, IRRITABLE, LLANTO FACIL E INMOTIVADO, PRESENTA INCONTINENCIA DE ESFINTERES, REQUIERE AYUDA PARA LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA DE FORMA PERMANENTE, LE FUE ORDENADO TERAPIA FISICA Y OCUPACIONAL DOMICILIARIA PERO LAS MISMAS NO FUERON APROBADAS, REFIERE QUE POR FALTA DE JUSTIFICACION, LA CUAL FUE DADA EN CONSULTA ANTERIOR SE ACLARA QUE PATE ES DEPENDIENTE TOTAL CON LIMITACION MOTORA REQUIERE AYUDA PERMANENTE DE TERCEROS PARA TODAS LAS ACTIVIDADES BASICAS DE LA VIDA DIARIA, CON ESCALA DE BARTHEL EN 15 PUNTOS DEPENDIENTE TOTAL.

(NO SE QUE MAS JUSTIFICACION SE REQUIERE) (vto fl. 7)"

-El tratamiento suministrado por el neurólogo a la accionante según historia clínica es el consistente en: el suministro de medicamentos, terapias físicas y controles de seguimiento (fls. 4-8 y vto)

-La calificación de la enfermedad de la señora María del Rosario Nemogá según el cuadro de las actividades básicas de la vida diaria realizada el 17 de septiembre del año en curso por el neurólogo tratante es de 15 puntos para un equivalente a grado de dependencia total (fls. 11-12 y 15-16)

-Según declaración rendida por el señor Tiberio Amézquita Jiménez el siete de octubre de la presente calenda, se pudo constatar lo siguiente: es un señor de 81 años de edad, casado según refiere hace 55 años con la accionante, convive solo con su esposa ya que en ocasiones uno de sus hijos las acompaña de noche, manifiesta encontrarse preocupado por el estado de salud de cónyuge, indica que se encuentra muy agotado y enfermo. (fls. 56 y vto)

-El señor Tiberio Amézquita Jiménez según manifiesta en su declaración informa que está enfermo y que le van a realizar una cirugía de una hernia y aporta copia de historia clínica de fecha 2 de septiembre de los corrientes donde se observa que tiene una masa inguinal derecha y se le ordena el servicio de ecografía de tejidos blandos de pared abdominal y pelvis (fls. 56-57).

Con base en el material probatorio se concluye lo siguiente:

En primer lugar, se recordará que la acción de tutela puede ser formulada ya sea directamente por la persona que sufre la violación de sus derechos fundamentales; a través de representante legal, esta cuando el afectado es menor de edad, incapaz, ha sido declarado interdicto o es una persona jurídica; igualmente, se puede presentar la acción mediante apoderado, en cuyo caso éste debe ser abogado y acreditarlo; y finalmente, por medio de un agente oficiado, quien actúa en representación de la persona que no se halla en posibilidad física, psíquica, o de cualquier otro tipo para demandar la protección de sus derechos invocados.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 160013333012-2016-00114-00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGÁ DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Así las cosas, en el expediente se acreditó que el señor Tiberio Amézquita Jiménez y la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita son esposos, igualmente, queda ampliamente demostrado que la señora María del Rosario padece de Alzheimer y que según lo indica el médico tratante (neurólogo) debido a su dependencia total requiere ayuda para realizar las actividades básicas de la vida diaria, en este orden de ideas, se configura la agencia oficiosa del esposo respecto de la accionante ya que la titular de los derechos presuntamente conculcados no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa, elementos que son satisfechos en este caso, razón por la cual la agencia oficiosa está debidamente constituida.

En segundo lugar, se dirá que como quiera que el acompañamiento que requiere la accionante no tiene por finalidad la prestación de servicios propios del ámbito de la salud extra hospitalarios que deban ser realizados por personas con conocimientos en dicha área ya sea del nivel técnica, profesional o como auxiliar de enfermería, para la aplicación de medicamentos, administración de inyectables, control de líquidos o manejo de aparatos a los cuales se encuentre sometida la paciente, sino que, por el contrario, el servicio de acompañamiento que solicita busca satisfacer las necesidades básicas diarias, el personal que las debe efectuar no es un profesional en el área de salud, sino que están llamados en primer lugar, a desarrollar dicha labor los familiares y amigos más cercanos, la anterior toda vez que no se busca mantener el estado de salud de la accionante, sino proveerle una asistencia física para hacer más llevadera su existencia como persona dependiente para sobrellevar la enfermedad que padece, así entonces, los servicios que requiere la señora Nemogá de Amézquita no son los de una enfermera, sino de un cuidador domiciliario.

Realizada la precisión de que el servicio que necesita la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita es el de un cuidador permanente, procederá el Despacho a recordar unos aspectos de vital importancia a efectos de resolver sobre la prosperidad o no de la pretensión objeto de estudio así: el servicio de cuidador no se encuentra incluida en el POS y con fundamento en el principio de solidaridad es la familia la que debe suministrar ese acompañamiento al paciente, en esos términos lo ha reiterado la Corte Constitucional⁵⁸:

"(...)

El servicio de cuidador, sin embargo, está expresamente excluido del P. O. S., conforme la Resolución 5521 de 2013, que en su artículo 29 indica que la atención domiciliaria no abarca «recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores». Dado principalmente su carácter asistencial y no directamente relacionado con la garantía de la salud, la Corte ha dicho que en términos generales el cuidado y atención de las personas que no pueden valerse por sí mismas radica en cabeza de los parientes o familiares que viven con ella, en virtud del principio constitucional de solidaridad, que se hace mucho más fuerte tratándose de personas de especial protección y en circunstancias de debilidad [...]"

Ahora bien, en el anterior pronunciamiento donde la Corte impuso la obligación de asistencia y cuidado en primer lugar a los familiares de las personas que por enfermedad han quedado en situación de indefensión y dependencia total, también lo es que en el mismo se señaló una excepción a esa regla general y es la siguiente:

"(...)

*Con todo, es clara que **na 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.*

⁵⁸ Sentencia T-096/16. Referencia: expedientes T-5156690. Magistrada Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: IBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOCA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA EPS"

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el deber en mención permanece en la familia si dan ciertas condiciones y puede ser desplazado hacia el Estado a falta de alguna de ellas. La responsabilidad es de los seres queridos siempre que concurren las siguientes circunstancias:

(i) que efectivamente se tenga certeza médica de que el sujeto dependiente salamente requiere que una persona familiar o cercana se ocupe de brindarle de forma prioritario y comprometido 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 o 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 sí debe ser asumida por la EPS a la que se encuentre afiliada la persona en situación de dependencia⁵⁹.

Conforme lo anterior, los miembros del hogar deben solidarizarse y atender al ser querido en situación de dependencia si lo que este requiere es, na por ejemplo servicio de enfermería, sino solamente alguien que la cuide y le facilite llevar a cabo sus actividades elementales ordinarias, y la E. P. S. ha suministrado una orientación previa acerca del modo en que se deben realizar esos cuidados. Pero además, es deber de la familia solo si se trata de una carga susceptible de ser sobrellevada por ella, atendidas las circunstancias materiales en que se encuentra.

Por el contrario, si uno de las anteriores condiciones na concurre y, en especial, los que rodean a quien requiere el cuidado no se hallan en posibilidad de atenderla de manera permanente ni de sufragar el costo que implica el servicio, se activa la obligación subsidiaria del Estado de suministrarlo, que compromete la subsistencia digna de una persona quien, por razón de su enfermedad, de sus padecimientos, na se puede valer por sí sola y se halla en total indefensión y riesgo de perecer ante su propia debilidad⁶⁰. La Corte ha sostenido:

«En torno al servicio de cuidador primaria, 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**»⁶¹.

Así, compete en primer lugar a la familia solidarizarse y brindar la atención y cuidado que necesita el paciente en situación de indefensión. En virtud de sus estrechos lazos, la obligación moral descansa en primer lugar en el núcleo familiar, especialmente de los miembros con quien aquél convive. **Can todo, si estas na se encuentran tampoco, principalmente, en la capacidad física o económica de garantizar ese soporte, el servicio de cuidador a domicilio, cuya prestación compromete la vida digna de quien lo necesita, debe ser proporcionado por el Estado.**⁶² (Negrilla del Despacho)

Con base en lo anterior y teniendo en cuenta que no todos los casos donde se requiere cuidar permanente son iguales, el objeto de marras debe ser analizada teniendo en cuenta las particularidades que se enumeran a continuación:

⁵⁹ T-154 de 2014, M. P.: Luis Guillermo Guerrero Pérez.

⁶⁰ Ibid.

⁶¹ T-782 de 2013 M. P.: Nilson Pinilla Pinilla. «En aquella ocasión se estudió el caso de una persona que se encontraba "postrada en cama"; allí, el mismo médico "reveló la diferencia entre los servicios de enfermería y de cuidador primaria, afirmando que el paciente na tiene necesidades del primero, pues na se le aplican medicamentos intravenosos ni se le realizan procedimientos que requieran un profesional en esa materia. A la par, se verificó que el agenciado ha necesitado de enfermeras para procedimientos específicos, los cuales han sido autorizados por la EPS, en especial en virtud de su inscripción al programa de medicina domiciliaria "salud en caso".»

⁶² Sentencia T-096/16, Referencia: expedientes T-5156690, Magistrado Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMÉNEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA EPS"

-La señora María del Rosario Nemogá de Amézquita padece la enfermedad de Alzheimer, la cual le ha ocasionado afectación a sus facultades físicas, psicológicas y cognitivas, las cuales han conllevado a la dependencia total para desarrollar sus actividades diarias, tales como: alimentarse, bañarse, vestirse, arreglarse, trasladarse de un lugar a otro, controlar sus emociones y sus necesidades fisiológicas, lo anterior se evidencia de la historia clínica y de la calificación realizada por el neurólogo en la escala de Barthel donde obtuvo 15 puntos (fls. 4-8 y vuelto, 11-16)

-De conformidad con lo expuesto, la accionante requiere atención y cuidado permanente y especial por otra persona, labor que tal como se desprende del libelo demandatorio y de la declaración rendida el 7 de octubre del año en curso, ha venido siendo realizada por la persona con la cual convive de manera permanente es decir con su esposo el señor Tiberio Amézquita Jiménez quien tiene 82 años de edad y quien también se encuentra enfermo tal como consta en la copia de la historia clínica de ingreso aportada el día que rindió declaración.

Igualmente, quedó acreditado que los recursos con los que el agente oficioso se sostiene y cubre los gastos de la actora, provienen de manera exclusiva de su pensión liquidada sobre un salario mínimo, los cuales según su manifestación resultan insuficientes.

Debe resaltar el Despacho que el agente oficioso afirmó que se encuentra agotado y enfermo pues ya lleva más de tres años atendiendo la enfermedad de su esposa, además de reportar desgaste físico y mental por la angustia y preocupación que le genera el hecho de que va a ser intervenido quirúrgicamente próximamente debido a que sufre de una hernia (fls. 56-57)

-Con base en lo anterior, el agente oficioso presentó acción de tutela solicitando que se ordene a la accionada con fundamenta en lo prescrito por el médico tratante de la paciente (neuróloga) el servicio de una enfermera de tiempo completo para que se encargue del cuidado de la paciente atendiendo su situación particular de salud. También solicita que se ordene a la Nueva E.P.S. la realización de las terapias domiciliarias ordenadas por el médico tratante las cuales no han sido proporcionadas y finalmente, en aras de garantizar los derechos de la accionante se tendrá en cuenta que esta requiere además de lo solicitado el suministro de pañales.

-El Despacho resalta que las terapias y la necesidad de la persona que le colabore a la accionante le ha sido prescrito en el primer caso y se requiere dado su grado de dependencia total en el segundo tal como se deriva de la lectura la historia clínica aportada a esta acción (fls. 4-8 y vuelto, 11-16).

Así las cosas, partiendo de la doctrina constitucional ampliamente referenciada y reiteranda que lo que necesita la actora es de alguien que se ocupe de brindarle cuidado y asistencia en sus actividades básicas cotidianas, en razón al estado avanzado del Alzheimer, que ha comprometido de manera importante sus funciones básicas y de la dependencia total de su agente oficioso, quien ha venido desempeñando esta función durante tres años pero que por prescripción médica y debido a su edad y situación de salud considera que debe ser realizado por una persona que le suministre la E.P.S., se abordará el tema relacionado con la carga de cuidada que le corresponde a la familia de la accionante de la siguiente manera:

La Corte Constitucional ha dispuesto que se debe entrar a determinar si la labor de cuidado debe continuar en cabeza de la familia consiste en que aquella no sea una carga insoportable de llevar para los parientes de la asistida⁴³, es decir, establecer si dicha obligación debe ser razonablemente asumida por los seres más cercanos de la paciente, en este caso, pese a que el agente oficioso y su esposa tienen seis hijos, dos de estos están fuera de la ciudad y solamente uno de ellos de manera esporádica los acompaña

⁴³ Sentencia T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sánchez Méndez.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

en las noches, por eso durante los tres años el cuidado permanente y constante de la accionante ha estado en manos de su esposo.

Dadas las particularidades del caso y teniendo en cuenta el progreso de la enfermedad y su irreversibilidad, es evidente que el señor Tiberio Amézquita Jiménez no se halla en condiciones de continuar con la obligación de cuidador personal que ha venido desplegando durante tres años con la señora María del Rosario Amézquita, toda vez que su edad, su estado de salud y las propias necesidades de la titular de los derechos que persigue salvaguardar esta acción establece la necesidad de relevar de dicha carga al señor Amézquita.

Ahora bien, en principio dicho relevo implicaría para sus hijos la abligación de asumir ya de manera directa o indirecta el cumplimiento de dicha carga, sin embargo y según se ha visto en la información arrojada al expediente, resulta imposible que dichas personas asuman de manera inmediata dicha obligación por lo que se requiere de una decisión provisional que garantice la salvaguarda de los derechos fundamentales de la paciente mientras la autoridad administrativa de familia adelanta el trámite respectivo de restablecimiento de derechos de la señora María del Rosario y de ser el caso de la fijación de alimentos para que con aquellos se subvencione el pago del cuidador permanente requerido por la accionante.

Resulta oportuno señalar que en aras de brindar una protección eficaz y restablecer los derechos fundamentales conculcados, el juez de tutela, debe adoptar las medidas que estén a su alcance y que garanticen que la vulneración cese o que se restablezcan los derechos, en el presente caso si bien es cierto que frente a la prescripción del cuidador personal no existe la orden del médico, lo cierto es que del diagnóstico aportado⁶⁴ por el actor, se deduce la dependencia total y la necesidad del mismo, elementos que resultan suficientes para esta falladora de instancia a efectos de ordenar a la entidad accionada Nueva EPS el suministro temporal del cuidador personal, mientras que la autoridad administrativa competente en asuntos de familia, la releve de su cargo, bien a través de una orden provisional o bien mediante una orden definitiva de alimentos.

Así las cosas, como el agente oficioso no cuenta con la capacidad física y económica para continuar brindando el cuidado que su esposa requiere, aunado a la prescripción médica que recomienda ayuda para las actividades básicas de la vida diaria de la paciente, se ordenará con fundamento en el principio de solidaridad, la asignación de un cuidador especial para la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita y a cargo de la EPS accionada, a fin de preservar la integridad física y emocional de quien hasta la fecha se venía encargando de ella. En este orden de ideas, la obligación de proporcionar el servicio de cuidador domiciliario se traslada a la E. P. S., de manera condicionada y no por todo el tiempo solicitado en el libelo demandatorio, sino según las particulares observaciones que han quedado consignadas en párrafos anteriores.

Así mismo, en relación con la jornada que deberá cumplir el cuidador asignado, este despacho ordenará a la entidad accionada que previo concepto médico se establezca la jornada que debe cumplir y la forma en que la misma debe ser brindada a la accionante.

De otra parte en relación con las terapias físicas y ocupacionales domiciliarias ordenadas por el médico tratante de la accionante (neurólogo) se dirá en principio que en los anexos de la Resolución No. 005592 de 24 de diciembre de 2015 *"Por la cual se actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC) del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS) y se dictan otras disposiciones"* bajo los códigos Nos. 9.3.1.0. (2221) está contemplado el servicio de terapia física y en el 9.3.8.3 (2253) está el de terapia ocupacional, así las cosas, se concluye que el servicio de terapia física y ocupacional si hace parte del POS, ahora bien, en relación con la atención domiciliaria vale la pena destacar que el artículo 29 de la mentada Resolución dispone:

⁶⁴ Tabla de Berthet vista a folio 11 y s.s donde se concluye que la accionante arroja un puntaje de 15/100 que la ubica en un índice de **dependencia total**, donde 0 es el estado más crítica y 100 el estado de independencia.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: THERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. "NUEVA EPS"

"ARTICULO 29. ATENCIÓN DOMICILIARIA. La atención en la modalidad domiciliaria como alternativa a la atención hospitalaria institucional **está cubierta en los casos que se consideren pertinentes por el profesional tratante, bajo las normas de calidad vigentes. Dicha cobertura está dada sólo para el ámbito de la salud** y no abarca recursos humanos con finalidad de asistencia o protección social, como es el caso de cuidadores, aunque dichos servicios sean prestados por personal de salud".

Así las cosas, teniendo en cuenta que se cumplen los requisitos para ordenar la atención domiciliaria, esto es el delicado estado de salud de la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita; que en la historia clínica se evidencio que su médico tratante (neurólogo) ha prescrito la realización de veinte sesiones de terapia física domiciliaria y otras veinte sesiones de terapia ocupacional domiciliaria tal como consta o folio 10 del expediente y que estas tienen por finalidad mejorar el estado de salud, se procederá a ordenar a la Nueva EPS que dentro del término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, gestione y suministre a la accionante las terapias físicas y ocupacionales domiciliarias que han sido prescritas por el médico tratante.

Finalmente, en relación con las pañales se realizará una aclaración importante, si bien es cierto, estas no fueron solicitados de manera inicial en el libelo demandatorio, también la es que si al analizar la situación fáctica y el material probatorio el Juez Constitucional infiere que de no adaptarse medidas en torno a una vulneración que no fue manifestada de manera expresa por el actor sobreviene una posible vulneración de derechos, este puede tomar todas las medidas que considere necesarias e impartir órdenes a fin de garantizar la tutela real y efectiva, la anterior con base en las facultades ultra y extra petita, respecto de las cuales la Corte ha señalado:

"(...)

Lo anterior, en razón a que la jurisprudencia constitucional ha estipulado que atendiendo la naturaleza de la acción de tutela, el juez puede emitir follos ultra y extra petita, es decir, pronunciarse sobre aspectos no expuestos en la demanda, pero que se evidencia que pueden vulnerar derechos fundamentales, y si es del caso, tutelar los derechos fundamentales que pese a no haber sido solicitados. En palabras de Corte Constitucional se dijo:

"Para la Sala es claro que, dado la naturaleza de la presente acción, la labor del juez no debe circunscribirse únicamente a las pretensiones que cualquier persona exponga en la respectiva demanda, sino que su **labor debe estar encaminada a garantizar la vigencia y la efectividad de los preceptos constitucionales relativos al amparo inmediato y necesario de los derechos fundamentales**. En otras palabras, en materia de tutela no sólo resulta procedente sino que en algunas ocasiones se torna indispensable que los follos sean extra o ultra petita. Argumentar lo contrario significaría que si, por ejemplo, el juez advierte una evidente violación, o amenaza de violación de un derecho fundamental como el derecho a la vida, no podría ordenar su protección, toda vez que el peticionario no lo adujo expresamente en la debida oportunidad procesal. Ello equivaldría a que la administración de justicia tendría que desconocer el mandato contenido en el artículo 2o superior y el espíritu mismo de la Constitución Política, pues -se reitera- la vigencia de los derechos constitucionales fundamentales es el cimiento mismo del Estado social de derecho".⁶⁵ (Negritas del Despacho)

Ahora bien, el hecho de que el médico tratante de la señora María del Rosario no le hubiera ordenado a la EPS el suministro de los pañales no es óbice para que se nieguen estas, toda vez que frente a esta situación particular en sentencia T-096/2016⁶⁶ se decidió:

"Respecto de los pañales, se tiene además certeza de su necesidad pues la agenciada padece incontinencia urinaria y cistitis. No se requieren aquí conocimientos demasiado especializados para determinar que, efectivamente, no solo las condiciones de salubridad

⁶⁵ Sentencia T-554 de 2012.

⁶⁶ Sentencia T-096/16, Referencia: expedientes T-5156690, Magistrada Ponente: LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 017 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: LIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente afilioso de MARIA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
 Accionadas: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

sino la salud misma y la vida digna de la actora dependen del suministro de este producto. (...)."

Así las cosas, del material probatorio más exactamente de la historia clínica de la paciente y de los cuadros de la calificación de Barthel se concluye que la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita padece de incontinencia de esfínteres tal como se acredita con las siguientes documentales:

-Diagnóstico efectuado por el profesional de neurología de la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita de fecha 17 de septiembre de 2016 donde señaló:

"**DEMENCIA TIPO ALZHEIMER AVANZADA CON AFECTACION DE REFLEJOS POSTURALES Y TRASTORNOS DEL ESTADO DE ANIMO, GDS 6-7.**
ACUDE A CONSULTA EN COMPAÑIA DE FAMILIARES QUE REFIERE QUE LAS ALTERACIONES DE CONDUCTA HAN AMANTADO ESTA MUY INQUIETA SE LEVANTA EN LA NOCHE, IRRITABLE, LLANTO FACIL E INMOTIVADO, PRESENTA INCONTINENCIA DE ESFINTERES, REQUIERE AYUDA PARA LAS ACTIVIDADES DE LA VIDA DIARIA DE FORMA PERMANENTE, LE FUE ORDENADO FISIOTERAPIA FISICA Y OCUPACIONAL DOMICILIARIA PERO LAS MISMAS NO FUERON APROBADAS, REFIERE QUE POR FALTA DE JUSTIFICACION, LA CUAL FUE DADA EN CONSULTA ANTERIOR SE ACLARA QUE PATE ES DEPENDIENTE TOTAL CON LIMITACION MOTORA REQUIERE AYUDA PERMANENTE DE TERCEROS PARA TODAS LAS ACTIVIDADES BASICAS DE LA VIDA DIARIA, CON ESCALA DE BARTHEL EN 15 PUNTOS DEPENDIENTE TOTAL.
(NO SE QUE MAS JUSTIFICACION SE REQUIERE) (vto fl. 7)"

-Calificación en la escala de Barthel realizada el 25 de junio de los corrientes por el neurólogo tratante, donde se evidencia que la situación de la accionante es de dependencia total para comer, lavarse, vestirse, arreglarse y que padece de incontinencia (fls. 4-8 y vuelto, 11-16)

En este orden de ideas, pese a que el médico tratante no ha prescrito la necesidad del suministro de los pañales, es evidente que la accionante requiere el suministro de los mismos, pues la situación de incontinencia y dependencia está acreditada, adicionalmente, se advierte que la falta de los mismos vulnera la vida digna y la integridad de la actora; que el suministro de estos no puede ser sustituido por otro elemento del plan obligatorio de salud⁶⁷ y que como lo manifestó el agente afilioso el salario mínimo con el cual conviven resulta insuficiente para costear todos los gastos, cumpliéndose así con los requisitos establecidos jurisprudencialmente para que sea viable ordenar su suministro.

Por ella, en aras de garantizar los derechos de la actora se insta a esta para que dentro de los diez días siguientes a la notificación de la presente decisión solicite cita con un profesional de la salud a efectos de que le prescriba lo relacionado con el suministro de pañales en las cantidades, periodicidad y especificaciones que requiera, una vez obtenida esta se presentara ante la NUEVA E.P.S para que dentro de los diez días siguientes proceda a suministrarlos a la señora Nemogá de Amézquita. Por ende, se ordena a la accionada Nueva E.P.S. que una vez recibida la prescripción médica de los pañales proceda a suministrarlos si demoras ni dilaciones injustificadas.

Así las cosas y sin perder de vista que el derecho a la salud se rige por el principio de integralidad, en virtud del cual se entiende que aquél no solo comprende la asistencia farmacológica e intrahospitalaria, sino todas las prestaciones requeridas para que una persona se recupere, sea reestablecida en su salud o le sean mitigadas sus dolencias y pueda sobrellevar la patología que sufre en condiciones dignas⁶⁸, se concluirá que procede el amparo de los derechos fundamentales invocados por el agente afilioso de la accionante esto es el derecho a la salud, integridad física y humana en conexidad con el derecho a la vida.

⁶⁷ Sentencia T-131 de 2015, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez, las pañales al tratarse de un suministro de aseo, «no cuentan con ninguna clase de sustituto que se encuentre cubierto por el sistema de salud y que contribuya al efectiva goce de una vida en condiciones dignas del paciente».

⁶⁸ Sentencia T-619 de 2014, M. P.: Martha Victoria Sáchica Méndez.

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
 Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
 Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGÁ DE AMEZQUITA
 Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Ahora bien, se dirá que respecta de la vinculada Ministeria de Salud y la Protección Social, se negará la tutela de las derechos fundamentales invocados como violados por la accionante, pues evidentemente, la responsabilidad sobre el servicio de cuidador pese a no estar incluida en el POS será ordenada a la NUEVA E.P.S. entidad de salud a la cual se encuentra afiliada la señora María del Rosario Nemogá de Amézquita, lo mismo ocurre con el suministro de pañales y finalmente también se ordenará a esta el servicio de terapias físicas y ocupacionales domiciliarias que si estás incluidas en el POS, por las consideraciones realizadas en precedencia.

Finalmente, respecto a la solicitud de la NUEVA EPS consistente en que en caso de prosperar las pretensiones de la presente se ordene de manera expresa en el fallo el recobro ante el FOSYGA no se accederá a la misma ya que a través de Resolución No. 5395 de 2013 *"Por la cual se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía FOSYGA y se dictan otras disposiciones"* se determinó en los artículos 1 y 2 unificar el procedimiento de recobros que deben seguir las entidades recobrantes para presentarlos cuando conforme a la normativa vigente y a las decisiones judiciales deban ser reconocidas y pagadas por el Fondo de Solidaridad y Garantía —FOSYGA- indicando los requisitos fechas y condiciones para su presentación, así como el procedimiento que debe seguir la administración para la verificación de las mismas y los plazos con que cuenta para el pago cuando a ello hay lugar.

En conclusión, como el procedimiento de recobro ante el FOSYGA es un trámite administrativa reglado este debe ser agotado por la accionada de manera directa ya que el Juez Constitucional no puede ordenar su agotamiento en la sentencia de tutela, pues de hacerlo estaría invadiendo una árbita de acción que no le corresponde.

En mérito de la expuesta, el **JUZGADO DOCE ADMINISTRATIVO ORAL DEL CIRCUITO DE TUNJA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- NEGAR las pretensiones de la presente acción constitucional respecta del **MINISTERIO DE SALUD Y LA PROTECCION SOCIAL-**, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- TUTELAR, respecto de la señora **MARIA DEL ROSARIO NEMOGÁ DE AMEZQUITA**, quien actúa a través de agente oficioso, las derechos constitucionales fundamentales relacionados con la salud y vida en condiciones dignas, de conformidad con la expuesta en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- ORDENAR al REPRESENTANTE LEGAL DE LA NUEVA E.P.S., o a quien haga sus veces que dentro del término de cinco (5) días siguientes a la notificación de este fallo, suministre de manera provisional y hasta tanto no se concluya el proceso de restablecimiento de derechos a María del Rosario Nemogá de Amézquita, el servicio de cuidador a domicilio, en jornada y forma que el concepto médico determine.

Para tal efecto se ordena a la NUEVA EPS que a través de su personal médica especializado (neurología) determine la jornada y protocolo que deberá seguir el cuidador a domicilio ardenado.

CUARTO.- ORDENAR al REPRESENTANTE LEGAL DE LA NUEVA E.P.S., o a quien haga sus veces, que dentro del término de las cuarenta y ocho horas siguientes a la notificación de la presente providencia, gestione y suministre a la accionante las terapias físicas y ocupacionales domiciliarias que han sido prescritas por el médica tratante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

QUINTO.- ORDENAR al REPRESENTANTE LEGAL DE LA NUEVA E.P.S., o a quien haga sus veces, que una vez la parte accionante allegue la prescripción del suministro de los pañales proceda dentro de las diez días siguientes a suministrarlas a la señora Nemogá de

Referencia: ACCIÓN DE TUTELA
Radicación No: 15001 3333 012 - 2016 - 00114 - 00
Accionante: TIBERIO AMEZQUITA JIMENEZ en calidad de agente oficioso de MARÍA DEL ROSARIO NEMOGA DE AMEZQUITA
Accionados: NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A "NUEVA EPS"

Amézquita, en las condiciones, cantidades y periodicidad que requiera, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

SEXTO.- NEGAR las demás pretensiones de la demanda.

SEPTIMO.- REQUERIR a la Comisaría de Familia competente para que inicie y adelante las actuaciones administrativas correspondientes para obtener el restablecimiento de derechos de la señora MARIA DEL ROSARIO NEMOGÁ DE AMEZQUITA:

Para tal efecto se ordena el envío de una copia de las presentes diligencias a dicha dependencia.

OCTAVO.- INFORMAR a las partes que esta decisión podrá impugnarse dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de éste proveído.

NOVENO.- Para los efectos de notificación de las demás partes procédase conforme a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991, a través de la Oficina de Servicios de los Juzgados Administrativos de Tunja.

DÉCIMO.- ORDENAR que en el evento de no ser impugnada la presente decisión, se remita el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


EDITH MILENA RATIVA GARCÍA
JUEZ