



Cartagena de Indias D.T. y C., veintiuno (21) de octubre de dos mil diecinueve (2019).

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00182-01
Accionante	FREDYS ROBLES ZABALA agente oficioso de MARGARITA ROBLES ZABALA
Accionado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar la falta de legitimación en la causa por activa.

### I.- PRONUNCIAMIENTO

Le corresponde a esta Sala decidir sobre la impugnación interpuesta por la parte accionada, contra el fallo de tutela de fecha trece (13) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)<sup>1</sup>, dictado por el Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, dentro de la acción de tutela adelantada por el señor FREDYS ROBLES ZABALA contra NUEVA EPS.

### II.- ACCIONANTE

La presente acción constitucional la instauró el señor FREDYS ROBLES ZABALA, identificado con cédula de ciudadanía No. 73.140.090, actuado en calidad de agente oficioso de la señora MARGARITA ROBLES ZABALA identificada con cédula de ciudadanía 45.455.029 de Cartagena.

### III.- ACCIONADA

La acción está dirigida en contra de la Nueva EPS.

### IV.- ANTECEDENTES

#### 4.1.- Pretensiones<sup>2</sup>.

En ejercicio de la acción de tutela, el accionante elevó las siguientes pretensiones:

*"Solicito señor juez que se me tutelen, los derechos fundamentales como lo son LA VIDA DIGNA, LA SALUD, LA SEGURIDAD SOCIAL, DERECHOS A LOS NIÑOS efectivamente vulnerados*

<sup>1</sup>Folios 27 - 36 Cdno 1

<sup>2</sup>Folio 1 Cdno 1



13-001-33-33-005-2019-00182-01

*Se ordene a la NUEVA EPS, la entrega de PASAJES y/o VIATICOS IDA Y VUELTA DESDE LA CIUDAD DE CARTAGENA A LA CIUDAD DE BARRANQUILLA PARA EL ACOMPAÑAMIENTO DE MI HERMANA PARA REALIZARSE EL PROCEDIMIENTO QUIRURGICO retiro de PROTESIS + CAPSULECTOMIA, VIATICOS DE TRANSPORTE INTERNO DENTRO DE LA CIUDAD REFERENCIADA, GASTOS DE HOSPEDAJE Y ALIMENTACION PARA MI PERSONA Y MI HERMANA, Y CUALQUIER OTRO TIPO DE GASTO QUE SE REQUIERA PARA EL TRATAMIENTO OPORTUNO Y EFICAZ DE SU PADECIMIENTO SIEMPRE QUE SE REQUIERA VIAJAR A LA CIUDAD DE BARRANQUILLA y de forma INTEGRAL CUALQUIER SERVICIO QUE REQUIERA EL PACIENTE hasta que sea estabilizado su señoría, con el fin de garantizar sus derechos fundamentales. "*

#### 4.2.- Hechos<sup>3</sup>.

La parte accionante desarrolló los argumentos fácticos, que se ha de sintetizar así:

La señora Margarita Robles Zabala le extirparon una mama, la cual fue reconstruida de manera inmediata. Posteriormente, al haber presentado molestias le realizaron un rx, que arrojó como resultado un "gran seroma en el seno que se extiende hacia la espalda". Debido a esto, el médico tratante ordenó el retiro de prótesis + capsulectomía.

La Nueva EPS, entidad donde se encuentra afiliada la accionante, no había realizado los trámites pertinentes para realizar el procedimiento quirúrgico; por ello, el señor Robles Zabala presentó acción de tutela, que fue resuelta mediante sentencia del 5 de agosto del presente año, donde se ordenó iniciar los trámites administrativos para la realización del procedimiento. A pesar de lo anterior, la Nueva EPS le informó que practicaría la cirugía pero que no se ha podido cumplir por falta de contratos.

Finalmente, la entidad prestadora de servicio de salud entregó a la accionante orden de servicio para practicar la cirugía en la ciudad de Barranquilla.

La actora solicitó a la entidad la entrega de los viáticos y transporte, porque no cuenta con recursos económicos para asumir estos gastos, al ser una

<sup>3</sup>Folio 1 Cdno 1



13-001-33-33-005-2019-00182-01

persona de escasos recursos y cuya ocupación es madre comunitaria. Sin embargo, dicha solicitud fue negada.

### 4.3.- Contestación

#### 4.3.1 Contestación de Nueva Empresa Promotora de Salud S.A.<sup>4</sup>

La entidad accionada rindió informe solicitado por el Juzgado Quinto Administrativo dentro del auto admisorio de la acción de tutela<sup>5</sup> donde se indicó que:

La señora Margarita Robles Zabala está afiliada a la Nueva EPS dentro del régimen contributivo y cuyo estado de afiliación es activo. Por esta razón, puede acceder a los servicios de salud a través de sus prestadores. También, manifiesta que le han garantizado los servicios de salud al usuario con calidad y oportunidad con base a las prescripciones médico tratantes.

Referente a la solicitud de servicios de transporte y viáticos, aduce que no se evidencia solicitud médica, por lo cual a su juicio no se está violentando derechos.

Frente a concesión de acciones de tutelas de medicamentos y/o procedimientos por fuera del plan de beneficios de salud, conforme a la sentencia de la Corte Constitucional T-760 de 2008, manifiesta que se desconoce el derecho a la salud cuando el servicio ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo, por lo que señala que esta solicitud, no se encuentra incluida en los servicios de salud que están en el plan de beneficios de salud (Resolución 5269 de 2017), por lo que no corresponde a la entidad promotora de salud proporcionarla a sus afiliados.

Aduce frente al tratamiento integral, que el artículo 1 del Decreto 2591 de 1991 señala que la protección de los derechos fundamentales se base en una vulneración o amenaza que provenga de autoridad pública o de los particulares, por tal no puede el fallador de tutela emitir órdenes para

<sup>4</sup>Folio 19 - 25 Cdno 1

<sup>5</sup> Folio 14 cdno 1



13-001-33-33-005-2019-00182-01

proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir ordenes futuras que no tengan fundamento fáctico de una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o particular. Máxime tratándose de órdenes de servicios de salud, sin que medie autorización médica, pues en ese caso estaría sustituyendo los conocimientos y criterios de los profesionales de la medicina y al mismo tiempo poniendo en riesgo la salud de quien solicita el amparo constitucional.

Como consecuencia de lo anterior, a su juicio, no existe vulneración de derechos fundamentales. Por esto, solicita de manera principal, la improcedencia de la acción de tutela y de manera subsidiaria, si llegare a acceder a las pretensiones, que se ordene expresamente al ADRES pague a la Nueva EPS el 100 % del costo de los servicios de salud no incluidos dentro del plan de beneficios en salud

#### **V.- FALLO IMPUGNADO**<sup>6</sup>

El Juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, mediante sentencia del 13 de septiembre de dos mil diecinueve (2019), resolvió:

*"PRIMERO: CONCEDER la presente acción de tutela interpuesta por FREDYS ROBLES ZABALA como agente oficioso de MARGARITA ROBLES ZABALA, contra la NUEVA EPS, por lo expuesto en la parte motiva de la providencia.*

*SEGUNDO: Ordenar a NUEVA EPS que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, AUTORICE Y SUMINISTRE los viáticos de transportes para Barranquilla-Cartagena y viceversa y viáticos para la ciudad de Barranquilla, alimentación y hospedaje a la señora MARGARITA ROBLES ZABALA y un acompañante, para la práctica de los procedimientos quirúrgicos "DRENAJE EN MAMA DE COLECCIÓN POR MASTOTOMIA O MAMOTOMIA SOD" Y "RETIRO DE EXPANSOR TISULAR (UNICO O MULTIPLE), y en lo sucesivo y sin dilaciones preste los servicios que requiere para el tratamiento del cáncer que padece, en la forma en que le sea ordenada por su médico tratante. Y en caso de que sea autorizada la práctica de tales procedimientos en una IPS por fuera de la ciudad autorice y suministre los viáticos para él y un acompañante por la complejidad y la enfermedad que padece.*

*TERCERO: ORDENAR a la NUEVA EPS le suministre a la señora MARGARITA ROBLES ZABALA atención integral en salud, en consideración a su delicado estado de salud, considerando que la atención a la salud debe comprender el cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, realización de*

<sup>6</sup>Fols 27 - 36 Cdno 1



13-001-33-33-005-2019-00182-01

*exámenes diagnóstico y seguimiento. Así como todo otro componente que el médico tratante valore como necesario POS y no POS relacionados con la enfermedad que padece "TUMOR MALIGNO DE MAMA" por lo expuesto. . "*

El juez de primera instancia, al observar las pruebas aportadas al expediente, concluye que la señora Margarita Robles Zabala padece un "TUMOR MALIGNO DE LA MAMA, PARTE NO EPSECIFICADA", que en los últimos meses ha presentado complicaciones; por lo cual, el médico tratante ordenó la práctica de unos procedimientos quirúrgicos denominados "DRENAJE EN MAMA DE COLECCIÓN POR MASTOTOMIA O MAMOTOMIA SOD" y "RETIRO EXPANSOR TISULAR (UNICO O MULTIPLE). Estos procedimientos fueron autorizados por la Nueva EPS para realizarse en la Organización Clínica Bonnadona – Prevenir S.A. de la ciudad de Barranquilla.

La señora Robles Zabala no se lo ha podido realizar la intervención quirúrgica ordenada por el médico y autorizada por la entidad prestadora de salud, por no contar con los recursos para transporte y manutención para el traslado a la ciudad de Barranquilla. Advierte la Juez que la reclamante solicitó a la Nueva EPS el suministro de los viáticos, debió a su imposibilidad económica para sufragarlo; pero esta entidad, negó el reconocimiento de los mismos, argumentado que los gastos de transporte, alimentación, hospedaje no se encuentran dentro del plan de beneficios en salud.

A juicio del A quo, la accionada, desconoció que la accionante es un sujeto de especial protección constitucional, en razón al padecimiento de una enfermedad de las llamadas catastróficas, circunstancia que obliga al Estado a brindarle una protección reforzada a su derecho a la salud, implicando atender las necesidades específicas de su padecimiento; máxime si la accionante es una persona de escasos recursos, que le impide asumir los costos de desplazamiento a otra ciudad.

Así, no es de recibo para el juez de primera instancia que la NUEVA EPS niegue al accionante viáticos sin considerar que es la misma entidad quien en vez de autorizar una IPS de la ciudad donde reside, como es su deber, impone la carga a la señora Margarita Robles Zabala de trasladarse a otra ciudad pese a la premura que este tipo de enfermedad implica.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

Conforme a lo expuesto, encuentra el A quo demostrado los presupuestos jurisprudenciales para acceder al reconocimiento de los viáticos, conforme a la manifestación de carecer de recursos económicos para asumir los costos de traslados y al ser la accionante una madre comunitaria, perteneciente al Estrato 1, le cabe la presunción de su escasa capacidad económica para asumir aquellos gastos, ya que se vería afectada su congrua subsistencia. La negativa de suministrar los viáticos está generando un obstáculo que pone en peligro la vida e integridad física de la señora Robles Zabala.

### **VI.-FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN<sup>7</sup>**

En el escrito de impugnación, la Nueva Empresa Promotora de Salud S.A manifiesta no encontrar solicitud médica que evidencie solicitud de transporte y viáticos.

Así también trae a colación jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre los requisitos para conceder acción de tutela por concepto de medicamentos y/o procedimientos fuera del plan de beneficios de salud, donde resalta que se da la violación al derecho a la salud, bajo estas circunstancias, cuando no se presta un servicio ordenado por médico adscrito a la entidad encargada de la prestación del servicio de salud, entre otras situaciones; se advierte que esta solicitud no se encuentra dentro de los servicios de salud que están en el plan de beneficio de salud, Resolución 2569 de 2017, por lo que la entidad promotora no debe asumir los gastos.

Siguiendo esta misma línea la resolución antes comentada, conforme a los artículos 120 y 121, el servicio de traslado cubrirá el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente y que el traslado no interinstitucional, es decir entre domicilio e IPS para cita programada, no está contemplado en el POS, siempre y cuando el médico lo prescribe

Frente al tratamiento integral señala que la protección de los derechos fundamentales se basa en una vulneración o amenaza que provenga de

<sup>7</sup>Fols. 54 – 59 Cdno 1.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

autoridad pública o de los particulares, por tal no puede el fallador de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir ordenes futuras que no tengan fundamento fáctico de una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o particular.

### VII.-RECUENTO PROCESAL DE SEGUNDA INSTANCIA

La presente impugnación fue asignada a este Despacho de conformidad con el reparto efectuado el día 19 de septiembre de 2019<sup>8</sup>.

Al momento de realizar el estudio del asunto, se evidenció un error en el número de radicación del proceso, por lo cual, mediante auto del 20 de septiembre de 2019<sup>9</sup> este Magistrado ponente decidió devolver el expediente a la oficina de apoyo judicial para que se corrija el error.

Por secretaria, se efectuó la remisión del expediente a esa dependencia, como consta en el folio 6 del cuaderno 2; corrección que se realizó el día 23 de septiembre de 2019 (visible a folios 5 y 7 del cuaderno 2), por lo que, se reenvió el expediente a las instalaciones de este Tribunal en esa misma fecha a las cuatro y doce (4:12 p.m.) de la tarde.

El expediente volvió al Despacho el día 24 de septiembre a las diez y veinticuatro (10: 24 a.m.), siendo finalmente admitido<sup>10</sup> por esta Magistratura ese mismo día.

### VIII.-CONSIDERACIONES

#### **8.1.-Competencia.**

Este Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela en **SEGUNDA INSTANCIA**, según lo establecido por artículo 32 del Decreto Ley 2591 de 1991.

<sup>8</sup> Fol. 2 Cdno 2,

<sup>9</sup> Fol. 4 cdno 2.

<sup>10</sup> Fol. 9 cdno 2.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

## 8.2.- Problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que los problemas jurídicos a resolver se circunscriben en determinar si:

*¿Está legitimado el señor FREDY ROBLES ZABALA, como agente oficioso de MARGARITA ROBLES ZABALA, para interponer la presente acción en su nombre?*

Si se supera el problema jurídico anterior, se resolverá el siguiente:

*¿Transgrede la Nueva EPS el Derecho Fundamental a la Salud de la accionante, al negarse a suministrar los gastos por concepto de los viáticos de transporte y alimentación a ella y a su acompañante a la ciudad de Barranquilla, para efectos de dar cumplimiento a la orden para la practicar procedimientos quirúrgicos denominados "DRENAJE EN MAMA DE COLECCIÓN POR MASTOTOMIA O MAMOTOMIA SOD" y "RETIRO EXPANSOR TISULAR (UNICO O MULTIPLE)" autorizado por la entidad accionada?*

## 8.3.- Tesis de la Sala

La Sala, revocará el fallo de tutela del 13 de septiembre de 2019, proferido por el juzgado Quinto Administrativo del Circuito de Cartagena, para en su lugar, declarar la falta de legitimación en la causa por activa, como quiera que, el señor Fredys Robles Zabala no cumple con los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional para adelantar la presente acción de tutela en nombre de su hermana Margarita Robles Zabala, puesto que no se demostró que esta última está imposibilitada para defender sus derechos.

Para abordar los problemas planteados, se hará énfasis en los siguientes aspectos: i) Generalidades de la acción de tutela; ii) legitimación en la causa por activa en la acción de tutela; iii) Caso concreto.

## 8.4. Generalidades de la acción de tutela.

La Constitución Política de 1991, en su artículo 86, contempla la posibilidad de reclamar ante los jueces, mediante el ejercicio de la acción de tutela



13-001-33-33-005-2019-00182-01

bajo las formas propias de un mecanismo preferente y sumario, la protección de los derechos fundamentales de todas las personas, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares.

Se trata entonces, de un instrumento jurídico confiado por la Constitución a los jueces, cuya justificación y propósito consiste en brindar a la persona la posibilidad de acudir sin mayores exigencias de índole formal y con la certeza de que obtendrá oportuna resolución a la protección directa e inmediata del Estado, a objeto de que en su caso, consideradas sus circunstancias específicas y a falta de otros medios, se haga justicia frente a situaciones de hecho que representen quebranto o amenaza de sus derechos fundamentales, logrando así que se cumpla uno de los principios, derechos y deberes consagrados en la Carta Constitucional.

Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter residual y subsidiario; es decir, que sólo procede en aquellos eventos en los que no exista un instrumento constitucional o legal diferente que le permita al actor solicitar, ante los jueces ordinarios, la protección de sus derechos, salvo que se pretenda evitar un perjuicio irremediable, el cual debe aparecer acreditado en el proceso.

Al respecto, el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que desarrolló el artículo 86 de la Constitución, prevé que la acción de tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos que se presente como instrumento transitorio en aras de evitar un perjuicio irremediable.

#### **8.4.1. De la legitimación en la causa por activa en la acción de tutela**

En sentencia T-382 de 2016, la Corte Constitucional expuso que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del Decreto-ley 2591 de 1991, la acción de tutela solo puede ser ejercida por la persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales; por cuanto este requisito de procedibilidad, exige que, quien solicita el amparo constitucional se encuentre "legitimado en la causa" para presentar la solicitud de protección de sus derechos



13-001-33-33-005-2019-00182-01

fundamentales, es decir, que el derecho cuya protección se invoca sea un derecho fundamental propio y no, en principio, de otra persona.

Igualmente ha sostenido en la Sentencia T - 339 de 2017, que:

***“Legitimación por activa. La agencia oficiosa***

*1. La solicitud de amparo puede ser formulada por el afectado (directamente) o a través de un tercero que, ante el juez de tutela, asuma la representación y la agencia de sus intereses (indirectamente<sup>11</sup>). La interposición indirecta de la acción, se contrae a ciertas personas y situaciones concretas en las que quienes estiman desconocidos sus derechos, no pueden formularla por sí mismos o prefieren la gestión profesional de un abogado.*

*No todas las personas en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. Conforme al Decreto 2591 de 1991 en su artículo 10<sup>12</sup>, cuando la tutela no es promovida por el titular de los derechos cuya protección se reclama, puede ser formulada únicamente por (i) su representante legal, (ii) su apoderado judicial, (iii) su agente oficioso o también por (iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.*

*2. La figura de la agencia oficiosa, según lo ha establecido esta Corporación, es aquella mediante la cual un tercero acude al juez de tutela en representación de los intereses de otra persona. Pretende con ello que esta última logre ejercer las garantías constitucionales que se considera fueron desconocidas en una situación fáctica concreta, en la cual el titular del derecho, aunque quiera defenderse, se ve en imposibilidad de reivindicarlas por sus propios medios.*

*Su consagración está sustentada en fines constitucionales. Busca que quienes perciben amenazados sus derechos fundamentales y se encuentran en una situación que, materialmente, les impide acudir al juez de tutela, puedan reclamar su protección y restablecer su ejercicio. “El propósito (...) [es] evitar que, por la sola falta de legitimación para actuar [de terceros con ánimo solidario], en cuanto no (...) pueda[n] acreditar un interés directo, se sigan perpetrando los actos violatorios de los derechos fundamentales, prosiga la omisión que los afecta, o se perfeccione la situación amenazante que pesa sobre ellos”<sup>13</sup>, máxime cuando por lo general son*

<sup>11</sup> Sentencia T-137 de 2015. M.P. María Victoria Calle Correa.

<sup>12</sup> “Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. // También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. // También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

<sup>13</sup> Sentencia T-044 de 1996. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

sujetos de especial protección constitucional<sup>14</sup>. Sin esta posibilidad, las personas más vulnerables verían mermada la capacidad de hacer exigibles las garantías ius fundamentales que, en todo caso y evento, les asisten.

Entonces, dada la relevancia de los bienes jurídicos cuya protección persigue la acción de tutela,

"el legislador consideró que (...) es más importante el fondo que la forma y que (sic.) más importante para el estado social de derecho y para la persona que la protección real, eficiente y oportuna de sus derechos fundamentales. Cuando se prevé la oportunidad de agenciamiento de derechos ajenos para el ejercicio de esta acción, se reafirma la voluntad de la ley de hacer prevalecer el respeto esencialísimo de los derechos fundamentales por encima de cualquier consideración formal"<sup>15</sup>.

Esta modalidad indirecta de interposición de la acción de tutela se distingue de las demás porque no existe una relación jurídica con el titular del derecho<sup>16</sup>, como la hay, por ejemplo, cuando se formula a través de apoderado judicial (vínculo contractual) o entre el Defensor del Pueblo y el ciudadano afectado (vínculo constitucional y legal). La relación que surge entre el agente y el agenciado obedece a razones fácticas y altruistas, que llevan a que una persona persiga una protección en favor de otra, en la medida en que esta última se encuentra en un estado de indefensión tal, que no puede reclamar por sí misma el amparo de sus derechos fundamentales. Su ejercicio evidencia una preocupación por la concreción de las garantías constitucionales y por la materialización de la Carta, en un caso concreto en el que la misma está en riesgo de quedar reducida a un texto formal: se trata de una labor loable no solo respecto de la persona afectada, sino también con la mirada en el ordenamiento jurídico.

En consonancia con lo anterior, se ha entendido que el fundamento que inspira la agencia oficiosa se soporta en tres principios constitucionales<sup>17</sup>, cuales son (i) la efectividad de los derechos fundamentales; (ii) la prevalencia del derecho sustancial sobre el formal; y (iii) el deber de solidaridad.

3. No obstante lo anterior, el ejercicio de la agencia oficiosa demanda el cumplimiento de ciertos requisitos. Una vasta línea jurisprudencial y en especial la **Sentencia SU-055 de 2015**<sup>18</sup>, plantean que para que haya agencia oficiosa se debe verificar "la concurrencia de dos elementos: (i) que el titular de los derechos no esté en condiciones de defenderlos y, (ii) que en la tutela se manifieste esa circunstancia", bien sea porque así se consigne expresamente o porque pueda

<sup>14</sup> Sentencias SU-173 de 2015 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo y T-467 de 2015 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>15</sup> Sentencia T-603 de 1992. M.P. Simón Rodríguez Rodríguez.

<sup>16</sup> Sentencia T-372 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

<sup>17</sup> Sentencias T-372 de 2010. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva y T-1075 de 2012 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>18</sup> M.P. María Victoria Calle Correa.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

*inferirse del contenido del escrito de tutela<sup>19</sup>. En cuanto a esta última exigencia, su cumplimiento sólo se puede verificar en presencia de personas en estado de vulnerabilidad extrema, en circunstancias de debilidad manifiesta o de especial sujeción constitucional. La agencia oficiosa en tutela se ha admitido entonces en casos en los cuales los titulares de los derechos son menores de edad; personas de la tercera edad; personas amenazadas ilegítimamente en su vida o integridad personal;] individuos en condiciones relevantes de discapacidad física, psíquica o sensorial; personas pertenecientes a determinadas minorías étnicas y culturales. No obstante lo anterior, se ha destacado que además la agencia oficiosa debe ser ratificada en los casos en los cuales ello sea posible, dadas las particularidades de la situación<sup>20</sup>.*

*4. Sobre este último aspecto, es pertinente recordar la **Sentencia T-044 de 1996**<sup>21</sup>. En ella se asumió que el deber de ratificación surge de la necesidad de asegurar que la representación judicial que hace el agente oficioso no despoje al afectado de la titularidad de sus derechos o que este último sea usado para satisfacer intereses ajenos, e incluso opuestos a los suyos<sup>22</sup>. Bajo esa óptica, la ratificación es necesaria en los casos en los que el juez llega al convencimiento de que, a pesar de las manifestaciones de quien pretende actuar como agente, el titular de los derechos sí podía acceder a la administración de justicia por sí mismo. En ese evento, "quien alega que la persona a cuyo nombre intenta la acción de tutela no puede hacer valer derechos de manera directa, carece de facultad para seguir representándola legítimamente (...) a menos que el verdaderamente interesado ratifique de manera expresa su voluntad de continuar con el proceso iniciado y reafirme"<sup>23</sup> la solicitud de amparo constitucional.*

*5. Frecuentemente el estado de vulnerabilidad o de indefensión del accionante, coincide con la calidad de sujeto de especial protección constitucional. Se ha avalado la agencia oficiosa a favor de niños, de personas con quebrantos de salud e incluso de miembros de comunidades étnicas, entre otros. Así mismo en varias oportunidades se ha admitido respecto de personas de la tercera edad.*

### **8.5.-Caso concreto.**

En el asunto bajo estudio, la entidad accionada, en el escrito de impugnación, solicita que se revoque la sentencia del 13 de septiembre de 2019; mediante la cual, se ordenó a la Nueva EPS a suministrar los viáticos a la accionante para que se practique los procedimientos quirúrgicos

<sup>19</sup> Sentencia T-314 de 2016. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

<sup>20</sup> Sentencias T-549 de 2015 M.P. Myriam Ávila Roldan y T-777 de 2009 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>21</sup> M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

<sup>22</sup> Ver en el mismo sentido la Sentencia T-310 de 2016 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio

<sup>23</sup> Sentencia T-044 de 1996 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

autorizados en una IPS de la ciudad de Barranquilla; debido a que, no obra autorización médica que ordene el pago de los viáticos y la Resolución N° 5269 de 2017 prevé que los mismos corren por cuenta de los usuarios y sus familiares.

### 8.5.1 legitimación en la causa por activa.

Antes de entrar a estudiar el problema jurídico principal, la Sala debe estudiar si el señor FREDYS ROBLES ZABALA está legitimado para presentar la acción de tutela a nombre de la señora MARGARITA ROBLES ZABALA.

Los requisitos jurisprudenciales exigidos para determinar si opera la figura de la agencia oficiosa son: primero, que el titular de los derechos fundamentales no se encuentre en condiciones de defender por sí mismo los intereses ante el juez constitucional, y segundo, que el agente oficioso haya manifestado su calidad dentro del escrito de tutela.

En el caso objeto de estudio, el señor FREDYS ROBLES ZABALA, manifestó dentro del escrito de tutela que actuaba en calidad de agente oficioso, toda vez que, la señora MARGARITA ROBLES ZABALA, padece un tumor maligno de mama, el cual fue extirpado y de inmediato fue reconstruido, a través de la colocación de un implante mamario. Sin embargo, esta última ha venido presentado complicaciones con el implante, pues ha tenido un aumento en el seno reconstruido<sup>24</sup>, como resultado de un gran seroma que se le ha extendido hacia la espalda. También se aduce en el acápite de los hechos<sup>25</sup>, que la señora Margarita Robles Zabala es madre comunitaria activa.

Como quiera que el padecimiento de esta enfermedad no le afecta las funciones de movilidad, ni de habla y el hecho de indicarse que la accionante está activa desarrollando sus labores de madre comunitaria, permiten inferir a la Sala que no hay motivos que imposibilitaran a la señora Robles Zabala para manifestar su voluntad o defender sus derechos por sí

<sup>24</sup> Fol. 5 cdno 1.

<sup>25</sup> Fol. 1 cdno 1.



13-001-33-33-005-2019-00182-01

mismas. Así las cosas, no hay razones para flexibilizar los requisitos exigidos para que se configure la agencia oficiosa.

Como consecuencia de lo anterior, no se encuentra legitimado en la causa por activa el señor Fredys Robles Zabala para interponer la presente acción de tutela en calidad de agente oficioso de la señora Margarita Robles Zabala.

Teniendo en cuenta la carencia de legitimación en la causa por activa del señor Robles Zabala para promover la presente acción, no se hace necesario que estudiar el fondo del asunto. Por lo tanto, se procederá a revocar el fallo de primera instancia.

### 8.8. Conclusión

Como respuesta al primer problema jurídico la Sala encuentra que el señor Fredys Robles Zabala no está legitimado en la causa por activa, debido a que no se cumplieron los requisitos jurisprudenciales exigidos para la configuración de la agencia oficiosa, por cuanto dentro de las pruebas obrantes dentro del expediente no se demostró que la patología que padece Margarita Robles Zabala la imposibilita para defender sus derechos por sí misma.

Por todo lo expuesto, esta Magistratura procederá a revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar la falta de legitimación en la causa por activa para interponer la presente acción.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

### FALLA:

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, para en su lugar disponer lo siguiente:

**"PRIMERO: DECLARAR** la falta de legitimación en la causa por activa del señor FREDYS ROBLES ZABALA para interponer la presente acción de tutela en nombre de su



13-001-33-33-005-2019-00182-01

hermana MARGARITA ROBLES ZABALA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: NOTIFÍQUESE** a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

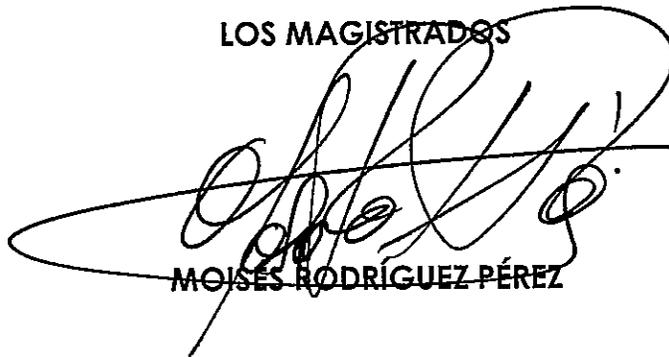
**TERCERO: REMÍTASE** el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión (art. 32 Decreto 2591 de 1991).

**CUARTO:** Por Secretaría del Tribunal, **ENVÍESE** copia de esta providencia al Juzgado de origen.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

*Constancia: El proyecto de esta providencia fue estudiado y aprobado en sala No. 072 de la fecha.*

LOS MAGISTRADOS



MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ



EDGAR ALEXI VÁSQUEZ CONTRERAS



CLAUDIA PATRICIA PENUELA ARCE

Acción	IMPUGNACIÓN DE TUTELA
Radicado	13-001-33-33-005-2019-00182-01
Accionante	FREDYS ROBLES ZABALA agente oficioso de MARGARITA ROBLES ZABALA
Accionado	NUEVA EPS
Magistrado Ponente	MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Tema	Revocar el fallo de primera instancia, para en su lugar, declarar la falta de legitimación en la causa por activa.

