

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA

ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada ponente

Aprobado mediante Acta de Sala No.0220

Proceso:	ACCIÓN DE TUTELA 2ª INSTANCIA
Radicación:	81736318900120220016601 Enlace Link
Accionante:	Luis Ricardo Vicente Cuberos Yáñez
Agente Oficioso:	Fays Eduardo Calderón Prado
Accionado:	NUEVA E.P.S. UAESA y ADRES.
Derechos invocados:	Salud y vida digna.
Asunto:	Sentencia

Sent.058

Arauca (A), dos (2) de junio de dos mil veintidós (2022)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Decidir la impugnación presentada por NUEVA E.P.S., contra la sentencia de tutela proferida el 27 de abril del 2022 por el JUZGADO PROMISCOU DEL CIRCUITO DE SARAVENA (A).

2. ANTECEDENTES

2.1. Del escrito de tutela¹. El Judicante ad-honorem de la Personería Municipal de Saravena FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO² afirma que la NUEVA E.P.S. negó el suministro de “*liraglutide flex pen 6MG cantidad 12 lapiceros*”, al señor LUIS RICARDO VICENTE CUBEROS YAÑEZ³, diagnosticado con “*obesidad no especificada*”, a pesar de la existencia de prescripción médica⁴ generada por el médico tratante a través del aplicativo MIPRES; razón por la cual reclama la protección

¹ Presentado el 06 de abril de 2022.

² Judicante Ad honorem de la Personería Municipal de Saravena.

³ De 57 años de edad.

⁴ Dr. Jhon Mike Romero Madera. Adscrito al Hospital del Sarare.

de los derechos fundamentales a la salud y vida como agente oficioso del usuario CUBEROS YÁÑEZ.

Solicita ordenar a la E.P.S. proveer el insumo prescrito, y garantizar atención integral en salud.

Como medios probatorios adjunta:

- *Fotocopia de cédula del agenciado.*
- **Copia fórmula médica MIPRES. Prescripción No. 20220317114032891975-17 de marzo de 2022.**
- *Copia historia clínica de fecha 17 de marzo de 2022- expedida por Hospital del Sarare.*

2.2. Trámite procesal.

Admitido el escrito tutelar⁵, el *a quo* corre traslado a las accionadas y concede dos (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

2.3. Respuestas.

UAESA. Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, porque el señor CUBEROS YÁÑEZ se encuentra afiliado a la NUEVA E.P.S. en el régimen contributivo, y es esta quien debe garantizar los servicios de salud.

ADRES. Solicita su desvinculación por falta de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que, las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo la vida o salud de los pacientes, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

NUEVA E.P.S. Sostiene que, el área técnica de salud se encuentra en revisión del caso, para verificar lo expresado por el accionante y determinar las posibles barreras en el servicio. No obstante que, el medicamento solicitado, al no estar incluido en el PBS deben ser soportados en la plataforma MIPRES correctamente, de lo contrario podrían presentarse inconvenientes, ya que debe especificarse la necesidad de la prescripción adecuada, su pertinencia, dosis, y cantidad.

⁵ Auto de 06 de abril de 2022.

Agrega que, el accionante no aporta prueba de reclamación directa ante la Empresa Promotora de salud a través de los canales habilitados, por lo tanto, la acción de tutela debe declararse improcedente. Y en caso de concederse el amparo, solicita ordenar el recobro al ADRES.

2.4. Decisión de Primera Instancia⁶.

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena (Arauca), concedió el amparo el amparo solicitado, y ordenó:

“SEGUNDO: ORDENAR a Nueva EPS que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de este proveído, AUTORICE Y SUMINISTRE al señor Luis Ricardo Vicente Cuberos Yáñez, el medicamento liraglutida Flex Pen 6 mg/ml cantidad doce (12) lapiceros // medicación pos cogido ATC A 10BJ, conforme lo ordenado por los médicos tratantes de la ESE Hospital del Sarare; asimismo, GARANTIZAR LA CONTINUACIÓN DE LA ATENCIÓN MÉDICA INTEGRAL, ININTERRUMPIDA, EFICAZ Y PRIORITARIA EN SALUD requerida por el señor Luis Ricardo Vicente Cuberos Yáñez, frente a sus diagnósticos de obesidad no especificada, otras coxartrosis secundarias y diabetes mellitus no insulino dependiente sin mención de complicación”.

El *a quo* consideró que, “sin importar que el medicamento requerido por el paciente no esté incluido en el PBS, lo cierto es que la EPS debe proceder a su suministro, sin perjuicio de los temas administrativos que se deba adelantar para la financiación del mismo, aspecto que no corresponde soportar al usuario del sistema de seguridad social en salud, en la medida en que, fue el médico tratante quien formuló el medicamento, lo que implica que, de cara al derecho fundamental a la salud y a la acción de tutela, lo que realmente resulta relevante constitucionalmente es que el paciente pueda iniciar el tratamiento médico, con la entrega del medicamento”.

En cuanto al tratamiento integral indicó que “...se considera procedente en la medida en que claramente existe la prescripción del medicamento por parte del médico tratante; la EPS ha actuado negligentemente al no autorizar el medicamento argumentando aspectos administrativos que desbordan el tema referente al derecho fundamental a la salud, dilatando la entrega al punto de que, a la fecha, tan siquiera ha emitido la autorización correspondiente; con lo cual se ha puesto en riesgo la salud y vida del paciente de forma injustificada, prolongando el sufrimiento físico y emocional del paciente”.

2.5. La impugnación⁷. NUEVA E.P.S solicita revocar la sentencia de primera instancia, porque el Área Técnica en Salud informó que el medicamento “LIRAGLUTIDA 6MG/ML (SOLUCION INYECTABLE PLUMA PRELLENADA*3ML - OBESIDAD)” no se encuentra incluido dentro del plan de beneficios de salud, por lo tanto, debe ser ingresado por el médico tratante a la plataforma MIPRES, con el fin de su aprobación por parte del Ministerio de salud y posterior autorización de servicios de la EPS.

⁶ Sentencia del 27 de abril de 2022.

⁷ Presentada el 02 de mayo de 2022.

Aduce que, los medicamento y demás insumos NO PBS, de acuerdo a normatividad vigente (ART 5 Resolución 1885 de 2018), el médico tratante debe solicitar autorización al Ministerio de Salud por la página de MIPRES; y que dicho registro reemplaza la fórmula médica, lo cual permite a la E.P.S. su entrega.

Respecto de la orden de tratamiento integral, sostiene que debe ser la entidad prestadora del servicio de salud a través de sus profesionales quien determine con precisión y suficiencia, de conformidad con un diagnóstico efectivo integral, las necesidades en materia de salud del paciente; pues de lo contrario se estaría ordenando servicios médicos futuros e inciertos que presumen un comportamiento omisivo por parte de la E.P.S.

3. CONSIDERACIONES

3.1. Competencia.

En virtud de lo dispuesto en los artículos 86 de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991, esta Corporación es competente para resolver la impugnación propuesta al ser el superior funcional del Juez que profirió la decisión.

3.2. Requisitos de procedibilidad.

Legitimación en la causa por activa y por pasiva. El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela como mecanismo para reclamar la protección de los derechos fundamentales, puede ser formulada por el afectado directamente, o a través de un tercero que asuma la representación y la agencia de sus intereses ante el juez constitucional.

Además, de acuerdo con la Corte Constitucional⁸, no todas las personas en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991⁹ establece que cuando esta no se promueve por el titular de los derechos cuya protección se reclama únicamente puede ser formulada por: **i) su representante legal; ii) su apoderado judicial; iii) su agente oficioso y; iv) el Defensor del Pueblo o los personeros municipales.**

Respecto de la agencia oficiosa, la jurisprudencia constitucional ha considerado que son tres los requisitos que deben cumplirse, a saber: *(i) que el agente manifieste expresamente que actúa en nombre de otro; (ii) que se*

⁸ T-101 de 2021.

⁹ “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.”

indique en el escrito de tutela o que se pueda inferir de él que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales de promover su propia defensa (sin que esto implique una relación formal entre el agente y el titular) y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.¹⁰

Conforme a esta disposición, la legitimación por activa para presentar una acción de tutela no solo se predica de la persona que solicita directamente el amparo de sus derechos fundamentales, sino también de quien actúa como agente oficioso de otra, cuando a esta última le es imposible promover su propia defensa, siempre que dicha circunstancia se manifieste en la solicitud¹¹.

En numerosos pronunciamientos, la Corte Constitucional ha establecido que son dos los requisitos para que una persona pueda constituirse como agente oficioso:

“La presentación de la solicitud de amparo a través de agente oficioso tiene lugar, en principio, cuando éste manifiesta actuar en tal sentido y cuando de los hechos y circunstancias que fundamentan la acción, se infiere que el titular de los derechos fundamentales presuntamente conculcados se encuentra en circunstancias físicas o mentales que le impiden actuar directamente.”¹²

En relación con el primer requisito, esto es, la manifestación expresa por parte del agente oficioso de actuar en tal calidad, se aprecia que su deferencia no se exige de forma estricta, comoquiera que se ha aceptado la legitimación del agente siempre que de los hechos y de las pretensiones se haga evidente que actúa como tal¹³.

Por consiguiente, en criterio de la Corte, (i) si existe manifestación expresa del agente o (ii) si de los hechos se hace evidente que actúa como tal, el juez deberá analizar el cumplimiento de la siguiente exigencia y determinar si, en el caso concreto, las circunstancias le impiden al titular de los derechos presuntamente vulnerados actuar por sí mismo.

¹⁰ Ver sentencias T-294 de 2004 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-330 de 2010 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-667 de 2011 (M.P. Juan Carlos Henao Pérez), T-444 de 2012 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo), T-004 de 2013 (M.P. Mauricio Gonzáles Cuervo) y T-545 de 2013 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-526 de 2014 (M.P. María Victoria Calle Correa), entre muchas otras.

¹¹ En la Sentencia T-301 de 2017, M.P. Aquiles Arrieta Gómez, este Tribunal señaló que: *“La jurisprudencia constitucional ha indicado que la agencia oficiosa se erigió como un instrumento que contribuye a la concreción de los derechos fundamentales y que encuentra su fundamento en la imposibilidad de la defensa de los derechos de la persona a cuyo nombre se actúa.”* De igual forma, en la Sentencia T-312 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se determinó que: *“si bien la agencia oficiosa cumple el fin constitucionalmente legítimo y necesario de posibilitar el acceso a la jurisdicción constitucional a aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de asumir por su cuenta la defensa de sus derechos constitucionales, no se trata, empero, de un mecanismo que pueda ser utilizado para suplir al interesado en la adopción de decisiones autónomas sobre el ejercicio, defensa y protección de los mismos.”*

¹² Sentencia T-796 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹³ Sobre el particular se pueden revisar las Sentencias T-452 de 2001, T-197 de 2003, T-652 de 2008 y T-275 de 2009.

De modo que, en relación con el segundo requisito, como ya se dijo, referente a la necesidad de acreditar la imposibilidad de actuar directamente, el Alto Tribunal ha dicho que el mismo encuentra respaldo en el hecho de preservar la autonomía y voluntad de una persona mayor de 18 años, quien es titular de la capacidad legal o de ejercicio, por virtud de la cual se le reconoce su plena aptitud para acudir ante los jueces, en defensa de sus derechos, cuando considere que estos están siendo amenazados o vulnerados. **Por esta razón, un agente oficioso sólo podrá actuar por otro cuando se pruebe una circunstancia física o mental que le impida al interesado interponer una acción de tutela directamente**¹⁴.

Al respecto la Corte ha expresado que:

“[E]l agente oficioso o el Defensor del Pueblo y sus delegados, sólo pueden actuar dentro de los precisos límites que la ley ha señalado a sus actuaciones; por lo tanto, no pueden de ninguna manera arrogarse la atribución de interponer acciones de tutela a su arbitrio, es decir, sin que esté justificado plenamente el supuesto fáctico que la norma exige para legitimar sus actuaciones, cual es, que el afectado en sus derechos fundamentales no pueda promover directamente su propia defensa, por hallarse en una situación de desamparo e indefensión, o que solicite la intervención de dicho defensor.”¹⁵

En el presente asunto, conforme al escrito de tutela, y la historia clínica aportada, no se evidencia que el señor LUIS RICARDO VICENTE CUBEROS YAÑEZ, padezca limitaciones físicas o mentales que impidan o limiten promover su propia defensa, pues al observar su diagnóstico, corresponde a “obesidad no especificada”, y en el documento tutelar, señala que fue él mismo quien acudió a la Personería Municipal de Saravena en busca de asesoría para la protección de sus derechos fundamentales a través de una orden judicial; no obstante, el señor FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO, judicante ad honorem de la entidad, asumió la agencia oficiosa pretermitiendo los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional.

Es importante precisar, que al referirse a la entidad “Personería Municipal”, únicamente el Personero, se encuentra facultado para acudir a la acción de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión, como lo establece el artículo

¹⁴ Como se ha expuesto, para determinar si el titular de los derechos se encuentra impedido para actuar por sí mismo, se deberán examinar los fundamentos fácticos del caso concreto. En los términos de la jurisprudencia, en el proceso de tutela se deberá demostrar que al agenciado le resulta física o jurídicamente imposible interponer la demanda o extender el poder correspondiente (Sentencia SU-377 de 2014, M.P. María Victoria Calle Correa). Tal imposibilidad puede derivarse tanto por condiciones físicas como mentales de una persona, o, incluso, de circunstancias socioeconómicas, aislamiento geográfico o situación de especial marginación (Sentencia T-312 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

¹⁵ Sentencia T-493 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

178 de la Ley 136 de 1994; el numeral 17 de esta normativa señala que estos pueden: “*interponer por delegación del Defensor del Pueblo las acciones de tutela en nombre de cualquier persona que lo solicite o se encuentre en situación de indefensión.*”¹⁶. Esta delegación, se efectuó durante los primeros años de la vigencia de la Constitución de 1991, en forma general, mediante la Resolución 001 del 2 de abril de 1992¹⁷.

Señala la Corte que, la intervención del personero municipal está condicionada a: *i) la indefensión de la persona o el grupo de personas afectadas; o ii) la solicitud de mediación que aquellas le hagan. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha determinado que esa petición no puede equipararse a un poder para actuar. Por lo tanto, no tiene ningún requisito formal*¹⁸. *En ese sentido, la mera petición*¹⁹ *es suficiente para que el personero esté legitimado para acudir al juez constitucional en nombre del afectado.*

Así mismo, la jurisprudencia ha determinado que para asumir la agencia de derechos fundamentales los personeros municipales:

*“no necesitan estar personalmente interesados en el caso, ni tampoco exhibir un poder conferido por la persona afectada. Su función no es la de representar intereses particulares en virtud de mandato judicial -como el que se confiere a un abogado litigante- sino la de buscar, a nombre de la sociedad, la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas residentes en Colombia”*²⁰.

Este objetivo conlleva a que los personeros no solo estén facultados, sino obligados a representar a los afectados judicialmente, en sede de tutela, cuando estén en condición de vulnerabilidad extrema²¹.

Finalmente, la formulación de la acción de tutela por parte del personero municipal le exige: *i) individualizar o determinar a las personas perjudicadas; y ii) argumentar por qué se ven particularmente comprometidos sus derechos fundamentales. Estos requisitos apuntan al establecimiento concreto de la amenaza que se ciñe sobre la persona afectada. En consecuencia, su incumplimiento conlleva a la improcedencia del reclamo constitucional*²².

Así las cosas, ha de considerarse que el señor FAYS EDUARDO CALDERÓN PRADO, en calidad de judicante de la personería, sin documento que lo acredite como tal, no se encuentra legitimado en la causa por activa para promover este mecanismo constitucional a favor del señor LUIS RICARDO VICENTE CUBEROS YÁÑEZ, persona que no cuenta con limitaciones físicas o mentales que imposibilite actuar en su propia causa, circunstancia que fue inadvertida por la primera instancia, quien estudió de fondo el presente asunto obviando el

¹⁶ Ley 136 de 1994. “*Por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios*”. Artículo 178. Numeral 17.

¹⁷ Sentencia SU-257 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-234 de 1993 M.P. Fabio Morón Díaz y T-085 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.

¹⁸ Sentencia T-460 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁹ Sentencia T-867 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁰ Sentencia T-331 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Reiterada en la sentencia T-085 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.

²¹ Sentencia T-150A de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²² Al respecto ver sentencias T-078 de 2004 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y T-789 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

trámite de procedibilidad, por lo que, habrá de revocarse la sentencia impugnada, y en su lugar declarar la improcedencia de la acción de tutela, sin ser necesario el estudio de los demás requisitos.

4. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA SALA ÚNICA, Administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley.

RESUELVE

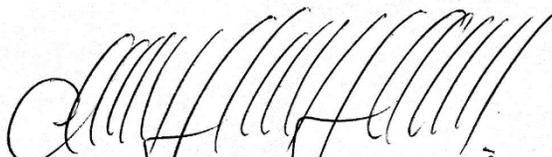
PRIMERO: REVOCAR la sentencia impugnada, y en su lugar declarar improcedente la acción de tutela.

SEGUNDO: Luego de las notificaciones correspondientes, remítase la actuación a la honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada