

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.0425

Proceso:	Acción De Tutela 2ª Instancia
Radicación:	81736318400120230032501 Enlace Link
Accionante:	Ana Victoria Cárdenas Gutiérrez en favor de Martha Lucía Monterrey
Accionado:	NUEVA E.P.S.
Derechos invocados:	Derecho a la salud
Asunto:	Sentencia

Sent. No.099

Arauca (A), veinticinco (25) de julio de dos mil veintitrés (2023)

1. Objeto de la decisión

Decidir la impugnación promovida por la NUEVA E.P.S. y OPTI SALUD I.P.S. contra la sentencia proferida el 13 de junio de 2023 por el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A)¹

2. Antecedentes

Del escrito de tutela²

Afirma la judicante Ad-Honorem de la Personería Municipal de Saravena, ANA VICTORIA CÁRDENAS GUTIÉRREZ, que acude a este mecanismo excepcional “en nombre y representación”(sic) de la señora MARTHA LUCÍA MONTERREY, a quien la NUEVA E.P.S. presuntamente vulneró sus derechos fundamentales a la salud, vida digna, igualdad, mínimo vital y seguridad social porque no ha garantizado el suministro del medicamento *HIDROXIPROPILMETICELULOSA 0.3% solución oftalmológica*, prescrito el 8 de febrero de 2023 por un profesional de la

¹ Gerardo Ballesteros Gómez-Juez

² Del 29 de mayo de 2023

salud adscrito a OPTISALUD I.P.S. con el objetivo de tratar durante 180 días su diagnóstico “ENFERMEDAD GENERAL” (sic)

Asevera que el núcleo familiar de la señora M.L.M no cuenta con los recursos suficientes para asumir el costo del medicamento sin menoscabar los medios mínimos de subsistencia, lo cual representa una afectación a sus derechos fundamentales y en consecuencia eleva las siguientes **pretensiones:**

“SEGUNDO: Que se ordene, a **OPTI SALUD** que de manera inmediata y sin dilaciones gestione, entregue y garantice el **MEDICAMENTO NO POS (HIDROXIPROPILMETILCELULOSA 0.3 % - SOL OFTÁLMICA) FRASCOS (GOTAS), TRATAMIENTO PARA 180 DÍAS PARA AMBOS OJOS** para mi agenciada.

TERCERO: Se ordene a la **NUEVA EPS**, que se garantice el **TRATAMIENTO INTEGRAL** a favor de mi agenciada, así como la prestación inmediata, continua e integral de cualquier servicio de salud que le sea prescrito a mi agenciado tanto para lo que se encuentra incluido en el plan de beneficios de salud (PBS), así como también en lo no cubierto y/o excluido por dicho plan, siempre que sea necesario para atender o brindar cuidados paliativos, garantizando en todo caso la eficiencia, la promoción, la prevención, los tratamientos, insumos y la no fragmentación de estos servicios con respecto a su diagnósticos de **ENFERMEDAD GENERAL** incluyendo en todo caso la asignación de citas con médico general y especialistas, exámenes de cualquier índole, medicamentos, hospitalizaciones, procedimientos prequirúrgicos y postquirúrgicos, terapias, seguimiento, insumos como pañales, cremas, pañitos, y en general todo aquello que se derive de su diagnósticos. para Mi agenciada **MARTHA LUCIA MONTERREY.**” (sic)

Adjunta:

- OPTISALUD I.P.S. – Recetario Medicamento NO POS #341654, del 8 de febrero de 2023: (6) **HIDROXIPROPILMETILCELULOSA 0.3%** solución oftalmológica, “aplicar 1 gota cada 8 horas en ambos ojos hasta terminar frascos. -180 días”

2.1. Trámite procesal

El *a quo* admite el escrito tutelar³ y concede a la A.D.R.E.S.⁴ y la NUEVA E.P.S. (2) días para rendir informe en los términos del artículo 19 del Decreto 2591 de 1991.

³ Mayo 29 de 2023.

⁴ Administradora de Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud

Posteriormente, en proveído⁵ del 13 junio de 2023, vincula a OPTISALUD I.P.S. y corre traslado de (2) horas a partir de la notificación, para ejercer sus derechos de defensa y contradicción

2.2. Respuestas

Empresa Promotora NUEVA EPS⁶

Informa, que el señor P.M.S.R. se encuentra afiliado en el Sistema General de Seguridad Social en Salud a través del régimen subsidiado desde el 7 de febrero de 2017.

En cuanto al suministro de *HIDROXIPROPILMETILCELULOSA 0.3 % - SOL OFTÁLMICA*, señala que “ al tratarse de una solicitud de entrega de medicamentos, de forma conjunta con el área de SALUD, nos encontramos verificando los hechos expuestos, a fin de ofrecer una solución real y efectiva para la protección de los derechos fundamentales invocados.”

Respecto a la orden de atención integral, asegura que es improcedente y resultaría violatoria del debido proceso de la entidad promotora al presumir que ésta incurrirá en fallas en la prestación de servicios que hoy son futuros e inciertos.

Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad en Salud -ADRES⁷

Sostiene que la EPS es responsable de garantizar la atención integral y oportuna de los servicios en salud requeridos por el paciente, inclusive los que no se encuentren financiadas por la unidad de pago por capitación UPC, pues el presupuesto máximo para su financiación se gira con antelación a la prestación de los servicios de salud, conforme lo dispuesto por el artículo 240 de la ley 1955 del 2019, reglamentado por la resolución 205 de 2020 del Ministerio de salud y protección social. Ruega negar el amparo y cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, y en consecuencia desvincularla del proceso.

⁵ Auto interlocutorio 0868

⁶ Respuesta del 16 de mayo de 2023

⁷ 29 de mayo de 2023

2.3. Decisión de Primera Instancia

En sentencia proferida el 13 de junio de 2023, el JUZGADO PROMISCOUO DE FAMILIA DEL CIRCUITO DE SARAVERENA (A) amparó los derechos fundamentales invocados y dispuso:

*“SEGUNDO.- **ORDENAR** a la **NUEVA EPS** y **OPTISALUD**, para que por intermedio de su representante legal y/o quien haga sus veces y dentro de las **cuarenta y ocho (48) horas** siguientes a la notificación de esta sentencia, si aún no lo ha hecho, **SUMINISTRE Y/O AUTORICE, GESTIONE Y/O PROPORCIONE el medicamento de (HIDROXIPROPILMETILCELILOSA 0.3% - SOL OFTÁLMICA) aplicar 1 gota cada 8 horas en ambos ojos hasta terminar frascos, tratamiento para 180 días**, tal como lo ordena el médico tratante y con relación al diagnóstico que dio origen a la presente acción constitucional, los cuales deberán ser de forma continua, suficiente, y oportuna, respetando el **principio de integralidad**.*

*TERCERO. - **ADVERTIR A NUEVA EPS Y OPTISALUD**, que los gastos que se deriven de la atención integral con ocasión al diagnóstico y soportado con las órdenes del médico tratante, deberán ser cubiertos íntegramente por esa entidad, teniendo en cuenta el presupuesto máximo transferido por el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, en consideración a lo regulado en las Resoluciones 205 y 206 del 17 de febrero de 2020, que empezaron a regir desde el 01 de marzo de 2020.”*

Para el efecto, señaló: *“en llamada telefónica, informa un acompañante de la señora Martha que no le han entregado los medicamentos solicitados en la acción constitucional (...) Así las cosas, es evidente la vulneración al derecho fundamental por parte de la NUEVA E.P.S., (...) pues se trata de una persona de la tercera edad y sujeto de especial protección constitucional (...) en consecuencia de lo anterior, la empresa promotora deberá respetar el principio de integralidad en su atención”*

2.4. La impugnación

Empresa Promotora Nueva E.P.S.⁸

Manifiesta que el medicamento *HIDROXIPROPILMETILCELULOSA 0.3 % - SOL OFTÁLMICA* se encuentra desabastecido, motivo por el cual pide revocar el fallo de primera instancia ante la imposibilidad de acatarlo, y en su lugar, ordenar la respectiva valoración por parte del especialista en aras

⁸ 16 de junio de 2023

de determinar una alternativa terapéutica para continuar con el tratamiento de la patología.

Sociedad de Servicios Oculares S.A.S.- OPTISALUD I.P.S.⁹

Afirma que carece de legitimidad en la causa por pasiva en el presente trámite tutelar, puesto que corresponde a la NUEVA E.P.S. autorizar, gestionar y entregar la solución oftalmológica *HIDROXIPROPILMETILCELULOSA 0.3 %*; y comoquiera que el suministro de medicamentos no hace parte de la competencia misional de la IPS, quien sólo presta los servicios de consulta externa y cirugía de oftalmología.

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 rebatida.

3.1.1. Requisitos de procedibilidad de la acción de tutela

La jurisprudencia constitucional sostiene que los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela son: (i) legitimación en la causa por activa; (ii) legitimación en la causa por pasiva; (iii) inmediatez; y, (iv) subsidiariedad¹⁰

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 Constitucional¹¹, no todas las personas

⁹ 15 de junio de 2023

¹⁰ Corte constitucional, Sentencia T-062 de 2020, Sentencia T-054 de 2018, entre otras.

¹¹ T-101 de 2021.

en cualquier situación pueden promover acciones de tutela en nombre de otras. El artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹² 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 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.*¹³

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 solicitud¹⁴.

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.”¹⁵

¹² “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.”

¹³ 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.

¹⁴ 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.”

¹⁵ Sentencia T-796 de 2009 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

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 tal¹⁶.

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.

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**¹⁷.

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

¹⁶ 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.

¹⁷ 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).

hallarse en una situación de desamparo e indefensión, o que solicite la intervención de dicho defensor.¹⁸

En el presente asunto, se tiene que **(i)** la parte actora no aporta documento de identidad o elementos de juicio que permitan determinar la edad de la agenciada, ni **(ii)** historia clínica que evidencie el padecimiento de limitaciones físicas o mentales que le impidan a la señora MARTHA LUCIA MONTERREY promover directamente la defensa de sus derechos; pues, **(iii)** al observar el diagnóstico reseñado en el único documento anexo del libelo tuitivo <<Recetario Medicamento NO POS #341654>>, este corresponde a ‘ENFERMEDAD GENERAL’; **(iv)** y según manifiesta¹⁹, fue ella quien realizó la gestión ante OPTISALUD I.P.S. para solicitar el medicamento; y, **(v)** aun cuando señala sin mayores detalles que la agenciada tiene “un cuidador asignado debido a sus demás patologías”, **a)** si bien la prestación de este servicio supone la dependencia hacia un tercero para ejecutar labores básicas y personales, la jurisprudencia constitucional impone la obligación de acreditar en cada caso las circunstancias particulares que materialicen la imposibilidad de actuar directamente por vía de esta acción²⁰ **b)** porque, valga recordar, el hecho de <<eventualmente>> tener una discapacidad, incluso de carácter cognitivo o psicosocial, no constituye una razón que por sí sola justifique la posibilidad de aceptar la agencia oficiosa en materia de la tutela²¹; **(v)** comoquiera que la pretermisión de la judicante CÁRDENAS GUTIERREZ de los requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional no impiden que el juez de tutela despliegue sus facultades oficiosas en aras de garantizar la efectividad de los derechos fundamentales y esclarecer las circunstancias que marcan el derrotero del proceso, el Despacho ponente intentó en múltiples ocasiones²² y de manera infructuosa contactar el abonado telefónico dispuesto por la accionante, sin lograr acceder a mayores detalles.

Además, 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 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

¹⁸ Sentencia T-493 de 1993, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

¹⁹ Hecho quinto del escrito tutelar

²⁰ Sentencia T-072 de 2019

²¹ Ibid.

²² Llamadas del 11 y 12 de julio de 2023.

indefensión.”²³. 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 1992²⁴.

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*²⁵. *En ese sentido, la mera petición*²⁶ *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”*²⁷.

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 extrema²⁸.

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*²⁹.

Así las cosas, ha de considerarse que la señora ANA VICTORIA CÁRDENAS GUTIERREZ, en calidad de judicante de la personería, sin documento que la acredite como tal, no se encuentra legitimada en la causa por activa para promover este mecanismo constitucional a favor la señora MARTHA LUCÍA MONTERREY, de quien no se acreditó que

²³ 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.

²⁴ 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.

²⁵ Sentencia T-460 de 2012. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

²⁶ Sentencia T-867 de 2000. M.P. Alejandro Martínez Caballero.

²⁷ Sentencia T-331 de 1997. M.P. José Gregorio Hernández Galindo. Reiterada en la sentencia T-085 de 2017, M.P. Gloria Stella Ortiz.

²⁸ Sentencia T-150A de 2010. M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

²⁹ 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.

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 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 y de ser excluida, archívese.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada Ponente



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada



LAURA JULIANA TAFURT RICO
Magistrada