TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

Magistrado Ponente: Jaime Alberto Saraza Naranjo
Pereira, febrero dos de dos mil once
Expediente 66001-31-03-005-2010-00354-01
Acta N° 56 de febrero 12 de 2011

Procede la Sala a decidir la impugnación interpuesta por la **Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM Regional Risaralda**, contra la sentencia dictada por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira el pasado 13 de diciembre, en esta acción de tutela que Duván de Jesús Moncada Grajales, quien dijo actuar "*en representación"* de **Mireya Laverde Fernández,** le promovió a la impugnante, a la que fueron vinculados la **Secretaría de Salud Departamental de Risaralda** y el **Instituto Oncológico ION**.

ANTECEDENTES

Como se dijo, actuando "*en representación"* de Mireya Laverde Fernández, el señor Duván de Jesús Moncada Grajales promovió esta acción para lograr la protección de los derechos fundamentales a la salud, a la igualdad, a la vida, a la dignidad humana "*y demás derechos fundamentales de la constitución colombiana*", que estimó vulnerados por parte de la entidad a la que demandó.

Indicó que su esposa es beneficiaria del régimen subsidiado y su diagnóstico es el de *"Paciente con lesión tumoral suprarenal, de crecimiento rápido, dolorosa y que está causando trastornos físicos y sicológicos"*, por lo que se le ordenó una laparatomía exploratoria y fue remitida al Instituto Oncológico ION de la ciudad de Manizales, donde solicitaron autorización a Caprecom para llevar a cabo dicho procedimiento quirúrgico, pero esta entidad no lo ordenó, porque no era posible hasta tanto el instituto les remitiera un formato; que a la fecha de promoción de la demanda había transcurrido más de un mes sin que se llevara a cabo la intervención y sin que las entidades se pronunciaran; que es una persona de escasos recursos económicos sin capacidad de sufragar de manera particular la cirugía que requiere su esposa; que no aportó la orden del procedimiento, porque en Caprecom le solicitaron esos documentos y no se los han regresado.

Solicitó, en consecuencia, que se ordenara a la demandada que en forma inmediata expidiera la orden para la laparatomía y para todo aquello que se derivara de la enfermedad, como citas con especialistas, medicamentos, cirugías.

Con el escrito de tutela se anexaron, entre otras, copias del concepto rendido por el instituto ION, acerca de que la cirugía es de carácter prioritario, dada la sintomatología aguda de la paciente, petición de autorización por esta misma entidad a Caprecom y del carné de afiliación.

Se admitió la demanda, se vinculó a la Secretaría de Salud Departamental, se ordenó el traslado de rigor conminando a la parte pasiva para que absolviera algunos interrogantes y se ordenó oficiar al Ministerio de la Protección Social para que indicaran si el procedimiento

requerido por la accionante se halla o no dentro del POS-S; finalmente, se requirió al demandante con el fin de que expresara las razones por las cuales la señora Laverde Fernández no podía iniciar la acción en su propio nombre.

La entidad promotora de salud, por conducto de su Abogado-Asesor Externo, dio respuesta a los interrogantes del despacho; en lo pertinente, señaló que el procedimiento requerido no fue autorizado por el Comité Técnico Científico, porque no se encuentra dentro del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Subsidiado; que es la Contratista ION S.A. Instituto Oncológico, la obligada a la realización del procedimiento respectivo, acorde con el contrato CR-66-184-2010; que teniendo en cuenta que no se había determinado con claridad el diagnóstico de la paciente, se debía requerir al galeno tratante para que informara y aclarara científicamente al despacho y a la EPS acerca de cuál es el padecimiento concreto de la misma, así como para que indicara sobre el tratamiento idóneo para mejorar su salud, por lo que solicitó vincular a la demanda al mencionado instituto, requerirlo en tales términos y que se le ordenara como medida provisional remitir el formato No POS, para efectuar la autorización de procedimiento que correspondiera.

La entidad territorial, por medio de apoderado judicial indicó que lo requerido por la paciente se refiere a “laparotomía exploratoria y adrenalectomía izquierda”, que forman parte del plan de beneficios a cargo de la EPSS Caprecom, acorde con lo señalado en el listado de procedimientos con codificación CUPS, del Acuerdo 008 de diciembre 29 de 2009, y por ende, la acción se torna inviable en su contra.

Seguidamente se dispuso la vinculación del Instituto Oncológico ION, que dio respuesta a las preguntas que le formuló el despacho, concretamente en el sentido de que no presta el servicio

requerido y el mismo debe ser autorizado por la EPS con la entidad que hubiere contratado para esa clase de eventos.

Se obtuvo un pronunciamiento del Ministerio de la Protección Social, que dio cuenta acerca de que el procedimiento demandado está descrito en el Acuerdo 008, y señaló que en caso de que el accionante no cumpliera con uno o varios de los requisitos jurisprudenciales referentes al derecho a la salud, debía negarse la acción; en caso contrario que se negara a la EPS-S la posibilidad de recobro frente al Fosyga y se ordenara que la paciente fuera atendida en la red pública de salud o en las IPS con las cuales la entidad territorial tuviese contrato.

Dictó sentencia el Juzgado en la que previa alusión a lo consagrado por el artículo 49 de la Carta Política, a la obligación de respetar el precedente constitucional, de transcribir jurisprudencia que consideró aplicable al caso presente, de la veracidad de los hechos consignados en el libelo y de dar por sentado que lo solicitado, según lo contiene el artículo 61 del Acuerdo 008 de 2009, sí hace parte del Plan Obligatorio de Salud bajo el Régimen Subsidiado, amparó el derecho fundamental a la salud, le ordenó a la entidad promotora de salud que en un término de 5 días, contados a partir de la notificación del fallo, realizara "*de manera INMEDIATA los servicios médicos diagnósticos ordenados por el médico tratante, así mismo, para que se presten todos los servicios médicos y hospitalarios requeridos por la actora para tratar la enfermedad que la aqueja y que se encuentran dentro del POS-S...",* al tiempo que desvinculó a la Secretaría de Salud Departamental y al Instituto Oncológico ION.

Impugnó Caprecom e hizo consistir su inconformidad, esencialmente, en que el día 13 de diciembre de 2010, la usuaria o su representante recibió diversas autorizaciones para la oportuna atención de la

señora Laverde Fernández, incluida la relacionada con lo aquí demandado, lo que constituye un hecho superado, además de que el servicio se le presta integralmente sin que tenga que acudir a nuevos trámites constitucionales, al gozar de todos los beneficios de ley, como que los medicamentos y tratamientos le serán suministrados.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala definir en este caso un primer problema jurídico: si el promotor de la acción está legitimado en la causa para hacerlo o no.

Es que cuando el artículo 86 de la Constitución Nacional instituyó la acción de tutela como un mecanismo breve y sumario, mediante el cual toda persona puede reclamar ante un juez la protección de sus derechos fundamentales si ellos son amenazados o vulnerados por una autoridad o, en determinados casos, por un particular, lo hizo bajo el entendido de que es el afectado mismo el que debe acudir en busca del amparo.

Esto, claro está, sin perjuicio de la representación que puede darse en los términos del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, norma en virtud de la cual la persona interesada puede actuar directamente, o a través de su representante legal si es incapaz, o por medio de un apoderado -que para ese caso debe ser abogado inscrito y acreditar un mandato especial para la acción de tutela-, o por conducto de un agente oficioso, si es que no está en condiciones de promover su propia defensa, y, finalmente, por intermedio del Defensor del Pueblo

Por eso, no es posible que una persona se arrogue un derecho o una facultad que no le corresponde a ella, sino a otra. Y para decirlo de entrada, esto es lo que sucede con el señor Duván de Jesús Moncada Grajales, quien haciendo simple mención al hecho de que su esposa Mireya Laverde Fernández presenta una lesión tumoral suprarenal, acude en "*su representación*" en procura de que le sea autorizada una laparotomía exploratoria que le fue ordenada por el médico tratante, pero sin aludir al porqué de su gestión como tercero. En efecto, no se expresó que así actuaba porque al momento de la presentación de la demanda su cónyuge se encontrara en un estado de salud tal, que le impidiera acudir por cualquier medio al juez constitucional, en aras de que le fueran amparados los derechos fundamentales que reclama. Es más, de los documentos adosados con la solicitud y los demás recogidos durante este trámite, no existe prueba alguna de una extrema situación que evidencie la imposibilidad de que Mireya Laverde Fernández, se repite, acudiera por sí misma a promover la defensa de sus derechos.

Es más, al juzgado de primer grado tal atribución del señor Moncada Grajales le mereció reparo, a tal punto que al momento de admitir la solicitud, en forma expresa dijo que: *"Finalmente, como la acción es instaurada por intermedio de agente oficioso, quien no acredita ni manifiesta, la razón por la cual la accionante no puede iniciar la misma a nombre propio se requerirá a éste para que en el término de dos (02) días contados a partir de la notificación que de este auto se le haga, a efectos de que manifieste tales motivos o la accionante ratifique la solicitud de la presente acción",* lo que se le hizo saber con telegráfico dirigido a la dirección que denunció para recibir notificaciones personales (f. 13 y 14); no obstante, el interesado guardó silencio, y el despacho, al momento de su decisión, pasó por alto ese requerimiento.

De vieja data, la Corte Constitucional viene haciendo hincapié en estos eventos con tanta claridad que basta citar el siguiente aparte para concluir que la acción debía ser negada por falta de legitimación en la causa por activa, por no ser el peticionario titular de los derechos fundamentales cuya protección se reclama. Dijo la alta Corporación [1], en un caso, en el que igualmente se estaba ante la exigencia de la protección del derecho a la salud y la vida, que:

> "Ahora bien, en lo que se refiere a la agencia oficiosa que es la figura procesal utilizada por la demandante para buscar la protección de los derechos fundamentales de su progenitora, este Tribunal ha establecido el cumplimiento concurrente de algunas condiciones para que en materia de tutela exista legitimación por activa, lo cual permite que el juez resuelva de fondo el asunto puesto a su consideración, a saber: (i) que se efectúe una manifestación expresa del agente oficioso para actuar como tal; (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, lo cual no implica un vínculo o relación formal entre el agente y los agenciados, pues *"para la procedencia de la agencia oficiosa es indispensable no sólo que el agente afirme actuar como tal, sino que además demuestre que el titular del derecho amenazado o vulnerado se encuentra en imposibilidad de promover su propia defensa, bien sea por circunstancias físicas, como la enfermedad, o por razones síquicas que pudieren haber afectado su estado mental, o en presencia de un estado de indefensión que le impida acudir a la justicia"*[2]; y (iii) que el sujeto o los sujetos agenciados se encuentren plenamente identificados.
>
> "Así mismo, ha considerado el intérprete constitucional que la agencia oficiosa es consecuencia directa de la imposibilidad del titular de los derechos fundamentales supuestamente vulnerados o amenazados de ejercer su propia defensa, situación que legitima a un tercero indeterminado a actuar a su favor, sin mediación de poder alguno, siempre y cuando manifieste en el escrito de tutela que actúa en calidad de tal y exprese los motivos y razones por los cuales el titular del derecho quebrantado no puede interponerla directamente.[3]
>
> (...)
>
> "Descendiendo al asunto objeto de estudio, la Corte encuentra que la demandante no afirmó actuar en condición de agente oficiosa, ni tampoco indicó las razones por las cuales emprendió la defensa de los derechos fundamentales, en nombre y representación de su progenitora señora Teresa Arcila Ayala. Solamente se limitó a afirmar que su madre cuenta con 63 años de edad, que padece diabetes hipertensa y que no cuenta con capacidad económica para sufragar el aporte dinerario adicional para que

---

[1] T-330-10
[2] SU-707 de 1996.
[3] T-542 de 2006, T-301 de 2007 y T-573 de 2008.

pueda hacer parte del régimen contributivo, sin probar siquiera sumariamente cada uno de sus dichos. Tampoco se colige del escrito de tutela, que la madre de la demandante se encuentre en una situación calamitosa y urgente que justifique el ejercicio de la acción de tutela por interpuesta persona.

Entonces, al no estar demostrada alguna limitación física, psíquica, mental o, de otro tipo, que imposibilite a la señora Arcila Ayala para interponer directamente la acción constitucional con el fin de buscar el restablecimiento de sus derechos fundamentales a la vida y a la salud, supuestamente vulnerados por Cafesalud E.P.S., la Sala encuentra que no existen razones suficientes y poderosas para justificar el ejercicio de la solicitud tutelar a través de un tercero, razón por la cual la consecuencia procesal es declarar la improcedencia del amparo solicitado por falta de legitimación en la causa por activa."

Es decir, que como ningún presupuesto de peso se acreditó para la representación que se arrogó el señor Duván de Jesús Moncada Grajales respecto de Mireya Laverde Fernández, pese a ser requerido para que lo manifestara, siendo congruentes con aquel derrotero jurisprudencial, fuerza es concluir que el fallo de primer grado tiene que ser revocado por aquella falta de legitimación en el extremo activo.

DECISIÓN

Por lo expuesto, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior de Pereira, Risaralda administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la ley, **REVOCA** la sentencia proferida el 13 de diciembre de 2010, por el Juzgado Quinto Civil del Circuito de Pereira, en esta acción de tutela que Duván de Jesús Moncada Grajales, "*en representación"* de **Mireya Laverde Fernández,** le promovió a la **Caja de Previsión Social de Comunicaciones CAPRECOM Regional Risaralda**, a la que fueron vinculados la **Secretaría de Salud Departamental** y el **Instituto Oncológico ION**.

En su lugar, y por falta de legitimación en la causa por activa, se **NIEGA** el amparo constitucional deprecado.

Notifíquese esta decisión a las partes y demás interesados, en la forma prevista en el artículo 5º del Decreto 306 de 1992; oportunamente remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Los Magistrados,

JAIME ALBERTO SARAZA NARANJO

FERNÁN CAMILO VALENCIA LÓPEZ **CLAUDIA MARÍA ARCILA RÍOS**