



**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo, once (11) de Diciembre de dos mil doce (2.012)

Magistrado Ponente: Dr. MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	70001 33 33 008 2012 00055 01
Actora	FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Accionada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Tema:	MEDICAMENTOS NO INCLUIDOS EN EL POS – AGENCIA OFICIOSA.

SENTENCIA No 086.

I. OBJETO A DECIDIR

Decide la Sala la impugnación formulada contra la sentencia del 2 de Octubre de 2.012, proferida por el Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, en la que se amparó el derecho a la salud en conexidad con la vida invocados por la parte accionante.

II. ACCIONANTE

La presente Acción fue instaurada por la señora FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO, identificada con C.C. No. 64.929.115 expedida en Sucre (Sucre), quien dice actuar en nombre de su señor padre MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

III. ACCIONADO

La Acción está dirigida en contra de CAPRECOM E.P.S.

IV. ANTECEDENTES

4.1. La demanda

La señora FABIOLA ÁLVAREZ refiere que el señor MARCOS ORTEGA desde enero de 2011 se le diagnosticó padecer enfermedad coronaria y problemas cardíacos, por lo que ha venido siendo tratado por intermedio de la EPS-S CAPRECOM, entidad donde se haya afiliado el citado señor desde el 1° de abril de 2003.

Manifiesta que según prescripción médica se han requerido los medicamentos para el tratamiento de la enfermedad que padece el señor ORTEGA ÁLVAREZ, encontrándose con la negativa de la empresa CAPRECOM.

Índica que dadas las reiteradas negativas de CAPRECOM en el suministro de los medicamentos al señor MARCOS ORTEGA, ha tenido que recurrir a la intermediación de la Secretaría de Salud Departamental -DASSSALUD

4.2. Los hechos

Como hechos que sustentan las pretensiones, el actor narra los siguientes:

Expresa la señora FABIOLA ÁLVAREZ, que desde el mes de enero de 2011 cuando fue diagnosticado el señor MARCO ORTEGA ÁLVAREZ de una enfermedad coronaria y problemas cardíacos se ha venido tratando por intermedio de la EPS – S CAPRECOM, entidad en donde se encuentra afiliado desde el 1 de abril de 2003.

Manifiesta que a su señor padre se le han formulado medicamentos específicos para el tratamiento de la enfermedad que padece; pero CAPRECOM EPS-S, se ha negado a suministrarlos de manera exacta como lo han determinado los profesionales de la medicina, por lo que se han alterado los tiempos en que se deben suministrar los mismos.

Afirma que nunca se pueden recibir los medicamentos cuando se solicitan por la prescripción médica, debido a estas negativas han tenido que recurrir a la Secretaría de Salud Departamental – Oficina de Auditoria-, para que se autoricen y confirmen los medicamentos al señor MARCOS ORTEGA.

Índica que las drogas prescritas se encuentran incluidas en le POS, de acuerdo con el Acuerdo 029 de 2011, por tanto no debería poner tantos obstáculos para su entrega, pues se obstruye el adecuado servicio de salud, violándose con esa aptitud el derecho de salud del señor ORTEGA ÁLVAREZ.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

V. LO QUE SE PIDE

Con fundamento en los hechos relacionados, la accionante solicitó Tutelar los derechos fundamentales invocados en esta acción y ordenar a la parte tutelada lo siguiente:

Que se ordene en forma inmediata a la EPS-S CAPRECOM, realizar el suministro de medicamentos que se recomienda en las fórmulas médicas; los cuales deben ser comerciales y no genéricos; además que se entreguen en los tiempos indicados para que el tratamiento se efectúe según las indicaciones médicas.

Asimismo, pide se responsabilice según lo establece la Ley, a CAPRECOM EPS-S, o al funcionario encargado por la obstrucción en el servicio prestado al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ; imponiéndosele las sanciones ha que haya lugar por los malos tratos y abusos contra la salud del señor MARCOS ORTEGAS,

VI. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

6.1. ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD CAPRECOM E.P.S. –S.

Declara que el señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, se encuentra afiliado a CAPRECOM EPS como afiliado al régimen subsidiado; cabeza de hogar, vecindado en el municipio de SAMPUÉS.

Indica que el citado señor presenta problemas de IDX DE ENFERMEDAD CORONARIA + HIPERTENSIÓN ARTERIAL + VERTIGO PAROXISTICO BENIGNO VALORADO; según diagnostico del médico general JORGE ÁLVAREZ, el cual no pertenece a la red de médicos, es el galeno en mención quien le receta el medicamento NIMOTOP de 30 mg en tabletas o comprimido en N° de 60, este contiene como principio activo el NIMODIPINO de 30 Mg, con código N° CO8CA06, medicamento incluido en el Plan Obligatorio de Salud, según Acuerdo N° 029 del 28 de diciembre de 2011, el cual contiene el mismo principio activo y no modifica su liberación y su absorción; por tal razón su mecanismo de acción (tanto en forma genérica y comercial) que es producir relajación del músculo liso arterial causando vasodilatación, lo que a su vez favorece el flujo colateral por medio de la dilatación de las arteriolas de la piamadre, utilizado en pacientes hipertensos, prevenir la hemorragia subaracnoidea, mejorando vértigos.

Afirma que en el reporte de JEAN CARLOS BUELVAS VERGARA, Auditor Médico del Comité Técnico Científico de CAPRECOM TERRITORIAL DE SUCRE, si bien no se le puede dar el medicamento NIMOTOP de 30 Mg., en tabletas como lo prescribió el doctor JORGE ÁLVAREZ, se le puede entregar el NIMODIPINO de 30Mg. Que contiene el mismo principio activo.

Arguye que igualmente al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, lo valoró el médico DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ, quien tampoco pertenece a la red de galenos de esa EPS, que por impresión diagnostica de enfermedad coronaria le formuló LIPITOR de 40 Mg, el cual es su denominación comercial, que contiene un principio activo de ATORVASTATINA de 40 Mg., con código N° C100AA05 en tableta, que

Expediente 70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada CAPRECOM E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

no modifica su principio activo como tampoco su absorción y se encuentra dentro del acuerdo N° 029 de 28/dic/2011 del POS, donde su mecanismo de acción es el de ser un inhibidor selectivo y competitivo de la HMG-COA reductasa, lo cual favorece la disminución serica de triglicéridos, o sea que su mayor mecanismo es la prevención secundaria de riesgo cardiovascular, evitar angina de pecho, infartos, por lo tanto la forma genérica y comercial presentan las mismas condiciones y cualidades frente al afiliado.

Manifiesta que frente a los medicamentos descritos al paciente MARCOS ORTEGAS, ambos se encuentran en el POS, como NIMODIPINO de 30 Mg y ATORVASTATINA de 40 Mg; razón por la cual la EPS CAPRECOM está obligado a entregar los medicamentos según los principios activos de las drogas antes enunciadas.

Puntualiza que sin necesidad de esta acción judicial el señor MARCOS ORTEGAS ÁLVAREZ puede adelantar las gestiones que permitan la prestación de los servicios requeridos, como consecuencia de los quebrantos de salud que padece; pero que este no ha acudido a esa dependencia para proceder con el trámite de las autorizaciones, sino que acudió directamente a esta acción judicial.

En lo que hace a los medicamentos comerciales prescritos por los galenos ÁLVAREZ y HERNÁNDEZ, insiste en señalar que mal haría en autorizar unos medicamentos que no han sido ordenados por médicos especialistas de la red de servicios de esa institución; con todo el afiliado puede acceder al portafolio de servicios que ellos brindan para que así pueda mitigar sus padecimientos; eso sí – enfatiza- respetando los protocolos establecidos para su caso.

Le enrostra a la parte actora la manera deliberada en la que afirma que no ha recibido beneficios o servicios de CAPRECOM EPS-S, a sabiendas que en la medida que se ha acercado a esa dependencia ha recibido la atención que le merece.

Concluye solicitando la declaratoria improcedente de la acción, así mismo se ordene vincular al Departamento de Sucre – Secretaría de Salud; por cuanto los medicamentos comerciales no están incluidos en el Plan de Beneficiarios del Régimen Subsidiado; por lo que CAPRECOM no está obligado a suministrar los mismos; y en caso de entrega deben ser garantizados por la Secretaría de Salud Departamental, con los recursos destinados a la prestación de salud de la población pobre; lo anterior con fundamento en el Acuerdo N° 029 de 28 de diciembre de 2011 expedida por la Comisión de Regulación en Salud; Ley 715 de 2001; artículo 31 del decreto 806 de 1998; Ley 1122 de 2007, artículo 20; artículos 151, 288, 356 y 357 de la Constitución Política; Sentencias C-463 y T760 de 2008, y Resolución 5334 de diciembre 26 de 2008.

VII. PRUEBAS DEL EXPEDIENTE

Las pruebas obrantes en el expediente son las siguientes:

- Copia de la Cédula de Ciudadanía de la señora FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO. (F. 6)

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

- Copia de la Cédula de Ciudadanía del señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, y del carné de CAPRECOM, identificado con el N° 70670-009305. (f. 7).
- Escrito de la Secretaría de Salud Departamental dirigido a CAPRECOM informando que los medicamentos CLOPIDOGREL y ATORVASTATINA están incluidos en el POS. (f. 8).
- Escrito de la Secretaría de Salud Departamental dirigido a CAPRECOM informando que los medicamentos FUROSEMIDA y ESPIRONOLACTONA están incluidos en el POS. (f. 9).
- Copia de solicitud y justificación medica para medicamentos NO POS. (f. 10)
- Copia formula del doctor JORGE ÁLVAREZ B., al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ. (f. 11).
- Copia de solicitud y justificación medica para medicamentos NO POS. (fs. 12-13)
- Copia formula del doctor JORGE ÁLVAREZ B., al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ. (f. 14).
- Copia Carta de Direccionamiento ante la Secretaría de Salud, por CAPRECOM. (f. 15).
- Copia formula del doctor DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ., al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ. (f. 16).
- Copia de solicitud y justificación medica para medicamentos NO POS, suscrito por el doctor DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ. (fs. 17-18)
- Copia de una especie de historia clínica con sello del doctor DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ., pero sin identificación del paciente. (fs. 19-20).
- Copia Carta de Direccionamiento ante la Secretaría de Salud, por CAPRECOM. (f. 21).
- Copia formula del doctor DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ., al señor MARCOS ORTEGAS ÁLVAREZ. (f. 22).
- Copia de solicitud y justificación medica para medicamentos NO POS, suscrito por el doctor DAIRO HERNÁNDEZ CHÁVEZ. (fs. 22-23).

VIII. EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA.

El Juzgado Primero Administrativo del Circuito de Sincelejo, mediante sentencia de 2 de octubre de 2.012, tuteló los derechos fundamentales reclamados por la actora y ordenó la entrega de los medicamentos LIPITOR de 30 Mg., y NIMOTOP de 30Mg., al considerar que se trata de un señor perteneciente a la tercera edad y que la entidad demandada es conocedora de los padecimientos que le aquejan y se niega a prestarle el servicio asistencial requerido.

IX. FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La señora FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO, impugnó¹ el fallo de tutela por cuanto la orden impartida dejó por fuera otra serie de medicamentos los cuales son requeridos el mejoramiento del señor ORTEGA ÁLVAREZ, los cuales enuncia: LIPITOR 40 Mg. X 30, PLAVIX 75 Mg. X 30, DIOVAN 40 Mg. X 30, ALDACTONE 25 Mg. X 30, LAXIS COMPRIMIDO X 30, DIP SUSPENSIÓN I frasco grande, VERTIGEN I Caja X 60, CARDIOASPIRINA 100 Mg. X 30, NIMOTOP 30 Mg. X 60.

¹ Presentada el 5 de octubre de 2012. Ver folios 62 y 63.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

A su turno CAPRECOM EPS-S², presenta su descontento con la orden judicial por lo que requiere sea revocada como alegación vuelve sobre lo que fue el informe inicial.

X. RECUENTO PROCESAL

La tutela fue recibida por oficina judicial el día 6 de septiembre de 2012, correspondiendo el conocimiento al Juzgado 1° Administrativo de este Circuito; por providencia de 11 de ese mismo mes y año se ordenó la corrección de la acción por cuanto la accionante no precisaba en calidad de qué incoaba la tutela.

La señora FABIOLA ÁLVAREZ, el 17 de septiembre allega memorial en el que indica que el señor MARCOS ORTEGA, tiene 78 años de edad, que padece hipertensión entre otras afecciones lo que lo incapacita para manejarse por sí solo³.

Por auto del 18 de Septiembre de 2012, el Juzgado 1° Administrativo de este Circuito, admitió la acción de tutela y el 2 de octubre de 2012 dictó sentencia concediendo el amparo deprecado; impugnando tanto la accionante como el accionado.

Por auto de octubre 16 de 2012, proferido por el Juzgado de origen, se concedió la impugnación, por lo que fue asignado el conocimiento del mismo a este Tribunal, de conformidad con el reparto efectuado en la Oficina Judicial, en la fecha 9 de Noviembre de 2012, siendo finalmente recibido por este despacho en la fecha 13 de Noviembre de 2012.

En esta instancia, se admitió la impugnación⁴, requiriéndose a la señora FABIOLA ÁLVAREZ, allegar copia autentica del registro civil de nacimiento en donde constara su parentesco existente entre ella y el señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ; igualmente se solicitó la comparecencia física del señor ORTEGA ÁLVAREZ, por ser el titular del derecho que aquí se persigue sin la concurrencia de alguno de ellos.

Igualmente, se ordenó vincular⁵ a la Secretaría de Salud Departamental, por ser la entidad encargada de la salud de la población pobre; informando la misma que, CAPRECOM es la EPS encargada de entregar los medicamentos al señor ORTEGA ÁLVAREZ, por encontrarse los recetados dentro del POS, con especificación genérica pero con igual principio activo⁶.

Con las anteriores novedades se dará curso a los que es el fundamento de la acción de tutela, la agencia oficiosa y el derecho de salud, por ser los mismos de suma importancia en el desarrollo del mérito.

² El memorial fue recibido en la Secretaría del Juzgado 1°, el día 10 de octubre/12, lo que en principio lo hacía extemporáneo; no obstante, se realizó inspección judicial en las instalaciones de la empresa de correo, corroborando que la providencia de 2 de octubre/12, solo se había dado a conocer a esa entidad el día 9 de octubre de 2012, lo que hace el escrito idóneo para ser revisado. –folios 66 a 73–.

³ Ver folio 30 C. Ppal.

⁴ Ver folio 3 del cuaderno de alzada.

⁵ Providencia de noviembre 27 de 2012, folio 11 del cuaderno del recurso.

⁶ Ver folios 18 y 19.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

XI. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

I I.1. La competencia.

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

I I.2. Problema jurídico.

1. ¿Se puede litigar en causa de otro sin ostentar el título de profesional del Derecho; o sin que medie prueba siquiera sumaria para recurrir en esta acción como agente oficioso?.
2. ¿Procede la acción de tutela para garantizar el suministro de medicamentos formulados por el médico tratante, cuando la EPS de la que se hace el requerimiento, se niega a suministrarlo, debido a que la denominación comercial no aplica para los contemplados al mismo en el POS, por lo que ofrece y suministra, otro de igual denominación y componentes?

I I.3. Procedencia de la Acción de Tutela

De conformidad con el artículo 86 de la Carta, la acción de tutela es un derecho público subjetivo del que goza toda persona para obtener del Estado, a través de la Rama Judicial, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o incluso de los particulares, en ciertos casos.

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.

I I.4. Agencia Oficiosa.

En principio, la tutela es una acción cuyo derecho de postulación se encuentra radicado en la persona a quien le vulneran o amenazan derechos fundamentales, por la acción u omisión de una autoridad pública o, excepcionalmente, de un particular, en los casos que señala la ley.

Según el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida directamente por la persona afectada, quien actuará por sí misma o a través de representante, caso en el cual los poderes se presumirán auténticos; también podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales. El inciso segundo de esta disposición establece la viabilidad de la agencia oficiosa, cuando el titular de los derechos fundamentales no está en condiciones de promover su propia defensa, circunstancia que debe manifestarse en la solicitud.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

La jurisprudencia de la Corte Constitucional⁷ ha determinado que para intervenir como agente oficioso en la acción de tutela se requiere, en primer lugar, la manifestación expresa o que se infiera claramente que se actúa como agente oficioso de otra persona y, en segundo lugar, que el agenciado esté en imposibilidad de promover directamente la acción constitucional⁸. Sobre el particular ha expresado esa corporación⁹:

“De acuerdo con lo dispuesto en esta norma (artículo 10 del Decreto 2591 de 1991) y con la jurisprudencia de esta Corporación, en el agenciamiento de derechos ajenos, debe estar debidamente demostrado que realmente el interesado no está en condiciones de asumir la defensa de sus propios derechos. Esta exigencia no es resultado de un capricho del legislador, ni corresponde a una mera formalidad, encaminada a obstaculizar el acceso a la administración de justicia, especialmente cuando se trata de la defensa de un derecho fundamental. No. Esta exigencia es desarrollo estricto de la Constitución sobre el respeto a la autonomía personal (art. 16). Una de las manifestaciones de esta autonomía se refleja en que las personas, por sí mismas, decidan si hacen uso o no, y en qué momento, de las herramientas que la Constitución y la ley ponen a su alcance, para la protección de sus derechos en general, trátense de los fundamentales o de los simplemente legales.”

En ese mismo sentido, ha señalado¹⁰:

*“... la agencia oficiosa, de forma general deviene cuando una persona, sin estar apoderada para ello ni tener la titularidad del derecho fundamental que se cree violado o amenazado, promueve una demanda a nombre de otra que está ausente o impedida, con el fin de evitar que pueda sufrir algún perjuicio.”*¹¹ En materia constitucional, se ha entendido legítimamente que esta institución procesal se encuentra prevista en el inciso 2º del artículo 10º del decreto 2591 de 1991, al disponer quién podrá ejercer la acción de tutela:

‘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.’

... ..

... esta Corporación ha fijado dos requisitos procedimentales mínimos que, pese al carácter informal de la tutela, deben observarse para la configuración de la legitimación activa de la acción cuando el fallador se encuentra ante un evento de agencia oficiosa. En este sentido, la Corte se ha inclinado por señalar dos fundamentos para la procedencia: i) la manifestación expresa por parte del agente

⁷ T-531/02 (julio 4), M. P. Eduardo Montealegre Lynett.

⁸ T-1012/99 (diciembre 10), M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁹ T-503/98 (septiembre 17), M. P. Alfredo Beltrán Sierra.

¹⁰ T-681-04 (julio 16), M. P. Jaime Araújo Rentería. Ver también, entre otras, T-1014/07 (noviembre 22), M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-312/09 (abril 30), M. P. Ernesto Vargas Silva y T-694/09 (octubre 2), M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

¹¹ “Así en el artículo 47 del Código de Procedimiento Civil que trata de la agencia oficiosa procesal. Según lo ha expuesto la doctrina nacional, esta institución es aplicable en los procesos civiles, contencioso-administrativos y laborales. No así en materia procesal penal. Ver DEVIS ECHANDÍA, Hernando; Compendio de Derecho Procesal Tomo I, Teoría General del Proceso; Editorial ABC; Bogotá: 1978. Pág.: 350-351.”

Expediente 70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada CAPRECOM E.P.S
Acción TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado: JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

en el sentido de estar actuando a nombre del agenciado; y ii) la aportación de prueba, sumaria siquiera, de que el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción.¹²

*El ejercicio valorativo que implica definir si el agenciado se encuentra en incapacidad de interponer por sí mismo la acción, desborda el marco estricto de lo que legalmente constituye la capacidad¹³ y ha de tener en cuenta también factores diferentes como, por ejemplo, el estado de salud del interesado. Se sigue ello de la expresión misma contenida en el inciso 2º del artículo 10º del Decreto 2591 de 1991, que indica: ‘...cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa...’; generando de esta manera una amplia órbita de hipótesis que se adecúan a lo preceptuado por la norma. Así pues, aunque quien crea lesionados sus derechos fundamentales sea mayor de edad y tenga pleno uso de sus facultades mentales, **si se encuentra en un estado de postración tal que le impide movilizarse o por motivos de fuerza mayor** (peligro de muerte, por ejemplo) **no puede abandonar el lugar de su domicilio, se entenderá incapacitado para interponer por sí mismo la acción de amparo constitucional y un agente oficioso podrá hacerlo en su nombre.***

De manera general, los requisitos procesales para la procedencia de la agencia oficiosa, ha explicado la Corte, no constituyen un mero capricho, ni desvirtúan la primacía del derecho sustancial frente a las simples formalidades. Anota esta Sala que, tal y como lo ha precisado la Corporación en varias oportunidades, estos requerimientos mínimos formales que debe observar quien incoa la acción de tutela, son garantías consustanciales a la definición misma del Estado de Derecho, en el cual los procedimientos judiciales se erigen como mecanismos necesarios para la efectiva protección de los derechos de las personas. De esta manera, pues, debe comprenderse que la exigencia de unos requisitos mínimos en materia de agencia oficiosa se cimienta directamente en el pleno reconocimiento de la autonomía de la voluntad.¹⁴

Frente a los efectos de una sentencia dictada como conclusión de una acción de tutela en la que se alega la existencia de una agencia oficiosa, pero ésta no cumple con los requerimientos mínimos para su procedencia, esta Sala debe precisar que aquellos no se extienden a la persona que presuntamente se encontraba siendo agenciada. Lo anterior implica que la cosa juzgada derivada de la solicitud de la tutela y de su conocimiento por parte de una autoridad judicial competente, es inter partes y que es la parte que actuaba careciendo de legitimación por activa la que se encontrará afectada por ella y no el titular del derecho fundamental cuya protección se solicitaba.” (Negrillas de la Sala).

Configurados los requisitos señalados, se perfecciona la legitimación en la causa por activa y al juez de tutela le corresponderá pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones planteadas en la demanda de tutela, lo cual no podrá efectuar si, por el contrario, no está legitimada la parte actora¹⁵.

11.5 Derecho a la Salud.

Ahora bien, la salud fue consagrada por el Constituyente de 1991 en el artículo 49 de la Carta Política, como un concepto que goza de una doble connotación: como derecho fundamental y como servicio público. De manera tal, que le atribuye al Estado, la carga de asegurar la atención en salud, como servicio público, al tiempo que reconoce en todo individuo la potestad de exigir el acceso satisfactorio a todas las dimensiones que integran, lo que se traduce en su proclamación como derecho.

¹² “Ver Sentencias T-342/04, T-294/04, T-061/04, T-531/02, T-1224/00, entre otras.”

¹³ “Ver arts. 1503 y 1504 del Código Civil.”

¹⁴ “Ver Sentencias T-320/04 y T-899 de 2001, entre otras.”

¹⁵ Cfr., entre otras, T- 362/05 (abril 8), M. P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-252 de 2009, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

La Corte Constitucional en sentencia T-654 de 2010, dispone:¹⁶

(“...”)

Reglas jurisprudenciales para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad y que no se encuentran incluidos en los planes de beneficios.

La jurisprudencia constitucional ha considerado que “los servicios que se requieren con necesidad son aquellos indispensables para conservar la salud, en especial, aquellos que comprometen la vida digna y la integridad personal, no importa cómo se conozcan en el argot médico o científico, ya sea que se trate de medicamentos, procedimientos quirúrgicos, diagnósticos, exámenes, consultas con especialistas, tratamientos, traslados de centros hospitalarios, etc”.

Esta Corporación ha reiterado en su jurisprudencia, que en el caso de las personas que demandan servicios que se requieren con necesidad que no se encuentran incluidos en el POS, y que carecen de medios económicos para sufragarlos, el costo de los mismos debe ser asumido por el Estado y atendido por las entidades promotoras de salud, en el sentido de proporcionar al paciente una atención integral.

En relación con lo anterior, la Sentencia T-760 de 2008, puntualizó las reglas de interpretación aplicables para conceder el acceso a dichos servicios en sede judicial:

- (i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- (ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- (iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y¹⁷.
- (iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de necesidad, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad garantizada de la prestación está autorizada a cobrar.”

Para la Corte, lo anterior se funda en que la normatividad vigente que rige el sistema de seguridad social en salud, no puede aludirse como obstáculo para garantizar el goce efectivo de derechos fundamentales como la vida, la dignidad humana y la salud de los afiliados. Por tanto, esta Corporación ha admitido pretermitir la reglamentación que excluye servicios del POS, autorizando el acceso a servicios NO-POS sólo cuando se cumplen los requisitos enunciados.

Por otra parte, este Tribunal ha establecido que el POS no puede ser ilimitado, debido a que ello conllevaría el colapso financiero del sistema de seguridad social en salud, por ello debe limitarse a cubrir las necesidades y prioridades de la población. En el mismo contexto la Corte ha establecido que se desprende el concepto de los servicios que no se requieren con necesidad, lo cuales aún habiendo sido prescritos por el médico tratante y estando excluidos de plan de beneficios, no deben ser autorizados por las entidades, con fundamento en que el derecho a la salud no es infinito y se le deben establecer límites razonables y justificados constitucionalmente. Entre estos se encuentran (i) los servicios de salud estéticos, (ii) las gafas y la cirugía de ojos, (iii) los tratamientos de fertilidad, (iv) los tratamientos de desintoxicación, (v) las prótesis, (vi) el by pass gástrico, (vii) los servicios de odontología y (viii) las alergias.”

(“...”)

De allí que esa Corporación aclara, que efectivamente los fallos de tutela, son procedentes para el caso en concreto, siempre y cuando se agoten integralmente todos y cada uno de los requisitos esbozados anteriormente, debido a que se debe actuar con responsabilidad y economía en aquellos casos que revisten menor peligro

¹⁶ Corte Constitucional, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, Sentencia T-654 de agosto 30 de 2010.

¹⁷ Subrayas de la Sala.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

de deterioro en la materialización de los derechos fundamentales de las personas, que por razones ajenas más allá de la posible vulneración o amenaza inminente a sus derechos, decidan instaurar acciones constitucionales de tutela en procura desbordada a garantizarlos, olvidando, que existen otros métodos y servicios que también le podrían satisfacer sus necesidades.

CASO CONCRETO

En el presente caso, la acción de tutela es presentada por la señora FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO, quien dice actuar en calidad de hija del señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, para su comprobación anexó con el libelo copias de las cédulas de ciudadanía de ambos; advirtiéndole la Sala que la tutelante tiene en común con el señor MARCOS, el apellido ÁLVAREZ, pero este hecho no es suficiente para corroborar su dicho.

En primera instancia le requirieron la prueba de agenciar al señor ORTEGA ÁLVAREZ, allegando en aquella instancia, un documento suscrito por ella misma que no tiene la fuerza vinculante entre el señor MARCOS ORTEGA, la accionante y la acción interpuesta; dado que lo que se busca es la protección de unos derechos fundamentales los cuales reposan en cabeza del directamente afectado con su desconocimiento o vulneración, los cuales no puede arrogárselos un tercero; en este caso, sería al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ; de allí que frente a esta acción se estaría ante una falta de legitimación en la causa por activa, respecto de la señora FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO.

Dada la advertencia de aquel requisito, esta Corporación conminó a la parte actora para que adjuntara registro civil de nacimiento; así como la comparecencia del señor MARCOS ORTEGA; guardando silencio sobre dicha orden¹⁸; lo anterior debido a que la señora FABIOLA ÁLVAREZ, en el acápite de pruebas¹⁹, presenta al señor ORTEGA ÁLVAREZ, como testigo, para confirmar o aclarar los hechos que se presentan como fundamento de la acción; siendo el susodicho señor el titular del derecho que aquí se alega.

Así, bajo el mutismo del interesado, señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, como de la señora FABIOLA ÁLVAREZ, esta Sala resolvería el asunto bajo la probada excepción de falta de legitimación en la causa por parte de la accionante; empero al estarse frente al derecho de salud del señor ORTEGA ÁLVAREZ, quien es un adulto mayor, se dará paso al derecho sustancial sobre el procedimental, realizando el estudio de mérito en este asunto.

Al advertirse la solicitud de EPS CAPRECOM, de vincular a la Secretaría de Salud Departamental en este asunto, se proveyó al respecto, allegándose informe de aquella última precisando que la encargada de suministrar los medicamentos al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, es la empresa prestadora del servicio de salud, que las drogas formuladas por los galenos se encuentran relacionadas en el POS, con sus principios activos NIMODIPINA 30 Mg. y ATORVASIATINA de 10, 20, 30 y 40 Mg.

¹⁸ Auto de 13 de noviembre de 2012; con constancia secretarial obrante a folio 9 del cuaderno del recurso.

¹⁹ Ver folio 4 del cuaderno principal.

Descendiendo a lo que es la negativa de CAPRECOM en ordenar los medicamentos; se tiene que esa entidad en sus intervenciones, tanto en la primera instancia como en la impugnación no se ha negado a prestarle el servicio de salud al señor MARCOS ORTEGA, lo que requiere de este, es que se acerque a las instalaciones de esa entidad para que sean los médicos adscritos a aquella quienes lo ingresen a los programas y controles a los deba inscribirse según las distintas afecciones que padezca, y la medicación sea ordenada por aquellos; dado que el señor ORTEGA ÁLVAREZ, ha recurrido a profesionales de la medicina distintos a los que operan con la empresa prestadora del servicio de salud los que le formulan medicamentos comerciales, los cuales no son cubiertos por el POS.

Igualmente precisó dicha EPS, que los medicamentos NIMOTOP de 30 Mg, tiene el mismo principio activo del NIMODIPINO de 30Mg, que está contenido en el POS; frente a la droga LIPITOR de 40 Mg, -nombre comercial-, indicó que contiene el mismo principio de activo del ATORVASTATINA de 40 Mg, nombre genérico, y que también está incluido en el POS.

Consultando la ficha del medicamento NIMOTOP de 30 Mg., contiene el mismo principio activo del NIMODIPINO²⁰; así mismo el medicamento LIPITOR de 40Mg., tiene el mismo compuesto de la ATORVASTATINA²¹; así las cosas no hay razón justificable que diga que el medicamento que ofrece CAPRECOM EPS, al señor MARCOS ORTEGA, no cumpla con la finalidad de aquellos que le han sido recetados, desvaneciéndose el primer requisito establecido por la Corte Constitucional para ser procedente la orden judicial aquí intentada.

Ahora, los medicamentos LIPITOR y NIMOTOP, han sido ordenados por galenos que no pertenecen a la Red de profesionales adscritos a dicha EPS, desfigurándose

²⁰ **NIMOTOP Comprimidos Recubiertos. Composición:** Cada comprimido recubierto contiene: 30 mg de nimodipino. **Indicaciones:** Profilaxis y tratamiento de los déficit neurológicos isquémicos producidos por vasospasmos cerebrales secundarios a hemorragia subaracnoidea. **Propiedades:** **Farmacodinámicas:** Código: ATC C08 CA6. El nimodipino es un antagonista de calcio que pertenece al grupo de las 1,4 dihidropiridinas. Los procesos contráctiles de las células de músculo liso precisan de la entrada de iones de calcio en su interior durante las despolarizaciones: en forma de corrientes iónicas transmembranarias lentas. El nimodipino inhibe la transferencia de los iones de calcio a estas células y, en consecuencia, las contracciones del músculo liso vascular. El nimodipino ejerce un efecto mayor sobre las arterias cerebrales de los animales de experimentación que sobre las de otros territorios del organismo, quizá por su intensa lipofilia, que le faculta para atravesar la barrera hematoencefálica: se han detectado concentraciones de nimodipino de hasta 12,5 ng/ml en el líquido cefalorraquídeo de pacientes con hemorragia subaracnoidea (HSA) tratados con este fármaco. El nimodipino posee una actividad antivasoconstrictora y antiisquémica preferentemente cerebrales.

²¹ **LIPITOR. COMPOSICIÓN. FÓRMULA CUALITATIVA Y CUANTITATIVA**
Ingrediente activo: Atorvastatina.
Las TABLETAS RECUBIERTAS para administración oral contienen atorvastatina cálcica equivalente a 10 mg, 20 mg y 40 mg de atorvastatina y excipientes c.s.p.
FORMA FARMACÉUTICA: Tabletas recubiertas de 10 mg, 20 mg y 40 mg. **PROPIEDADES FARMACOLÓGICAS**
PROPIEDADES FARMACODINÁMICAS: La atorvastatina cálcica es un agente hipolipemiante sintético, que es un inhibidor de la reductasa de la 3-hidroxi-3-metilglutaril-coenzima A (HMG-CoA). Esta enzima cataliza la conversión de la HMG-CoA a mevalonato, que es una etapa temprana y limitativa en la biosíntesis del colesterol.
La fórmula empírica de la atorvastatina cálcica, es (C33H34FN2O5)2Ca•3H2O y su peso molecular es 1 209,42.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

otro de los requisitos que ha impuesto la jurisprudencia constitucional para el avance de esta acción.

En lo que hace a la demostración de que el señor ORTEGA ÁLVAREZ, no tenga el dinero para sufragar el costo de los medicamentos antes aludidos; no existe prueba de que eso sea así, toda vez que para recurrir ante un profesional distinto al de su EPS –máxime que el señor MARCOS se encuentra afiliado en el régimen subsidiado-, se requiere contar con unos recursos económicos para su consulta; diluyéndose el tercer requisito para la procedencia del mandato tutelar.

Como quiera que la impugnante señora FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO, no tiene legitimación en la causa para recurrir la providencia de primera instancia tal como quedó establecido en el párrafo anterior por la jurisprudencia de la H. Corte Constitucional, no habrá lugar a pronunciarse esta Sala respecto de su inconformismo.

Ha sido solo la voluntad del tutelante en no aceptar un nuevo medicamento que tiene los mismos componentes, con respecto del formulado por los médico tratante, sin contemplar que éste último ofrecido, no reviste ningún tipo de riesgo en su salud, en su tratamiento y en su vida, lo que ha mantenido en mora al señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ, en el suministro de las drogas que le ayudan a estabilizar su salud.

XII. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis efectuado, la Sala concluye que no solamente alegar que una persona a quien se le están conculcando derechos fundamentales, se encuentra en incapacidad para defenderse por si mismo, sino que hay que probar siquiera sumariamente su estado, esto para allegarse a esta instancia como agente oficioso; o en su defecto tener el reconocimiento de profesional del derecho para representar la causa de un tercero; de allí que la señora FABIOLA MARIA ÁLVAREZ ZAMBRANO, se encuentre frente a esta acción ilegítimada para abogar por los derechos del señor MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ. Así mismo se tiene que el señor ORTEGA ÁLVAREZ, no reúne los requisitos exigidos por la jurisprudencia nacional para acceder por esta vía a los medicamentos que pretende sean entregados por la EPS CAPRECOM, dado que los medicamentos comerciales que requiere, la entidad prestadora del servicio de salud los entrega de los genéricos que se encuentran en el POS, que tienen el mismo principio activo de los ordenados por los médicos tratantes; así mismo, se observó que los galenos que formulan las drogas no hace parte de la Red de profesionales dispuestos por la EPS a la cual se encuentra afiliado el señor MARCOS ORTEGA; también no se probó que esté no tenga los recursos para sufragar los medicamentos que los médicos tratantes le recomiendan; todas estas apreciaciones hacen que la providencia objeto de estudio sea revocada; sin que este pronunciamiento constituya cosa juzgada por no ser el señor ORTEGA ÁLVAREZ, directamente el accionante.

Expediente	70001 33 33 008 2012 00138 01
Actor	FABIOLA ÁLVAREZ ZAMBRANO
Demandada	CAPRECOM E.P.S
Acción	TUTELA – SEGUNDA INSTANCIA
Juzgado:	JUZGADO PRIMERO ADMINISTRATIVO CON FUNCIÓN ORAL

XIII. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

RESUELVE:

PRIMERO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por activa de la señora **FABIOLA MARÍA ÁLVAREZ ZAMBRANO**.

SEGUNDO: REVOCAR el fallo del 2 de octubre de 2.012, proferido por el Juzgado Primero Administrativo Oral del Circuito de Sincelejo, según lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: NEGAR el amparo de tutela aquí solicitado por el señor **MARCOS ORTEGA ÁLVAREZ**, contra de **CAPRECOM EPS-S**.

CUARTO: CÓPIESE Y NOTIFÍQUESE personalmente o por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

QUINTO: ENVÍESE el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 046.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ
Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS
Magistrado

(Ausente con permiso)
CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS
Magistrado