

Cartagena de Indias D. T. y C., trece (13) de octubre de dos mil veinte (2020)

Medio de control	ACCIÓN DE TUTELA. – IMPUGNACIÓN -
Radicado	13001-33-31-011-2020-00107-01
Demandante	ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ
Demandado	POLICIA NACIONAL – SANIDAD BOLIVAR
Magistrado Ponente	ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS
Tema	Salud

II.- PRONUNCIAMIENTO

Procede el Tribunal Administrativo de Bolívar a resolver la impugnación presentada por la accionada, contra la sentencia de tutela del dieciséis (16) de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, mediante la cual se resolvió conceder el amparo solicitado.

III.- ANTECEDENTES

- Pretensiones¹

Que se protejan los derechos fundamentales presuntamente vulnerados, de la niña Isabel Carazo:

Seguridad social, vida digna, salud e igualdad; en consecuencia, ordenar al Jefe de Sanidad Bolívar de la Policía Nacional, para que suministre sin obstáculos, las consultas, procedimientos, estudios, cirugías y medicamentos relacionados con la atención integral de la menor.

Igualmente, solicita el reembolso de lo gastado en atención particular y se autorice la consulta de especialidad oftalmología – retina y demás pruebas diagnósticas afines para garantizar la continuidad del tratamiento.

Hechos

¹ Demanda de tutela admitida mediante auto interlocutorio No. 243 de fecha 04 de septiembre de 2020, Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena (No. Fls. 2).

Manifiesta el Sr. Nicanor Carazo que actúa en calidad de agente oficioso de su hija Isabel Carazo Martínez, quien tiene diez años de edad y es beneficiaria de Sanidad Bolívar de la Policía Metropolitana de Cartagena.

Sostiene que la niña presenta antecedentes de miopía y en su ojo izquierdo presenta sombras y manchas negras, por lo que, al ser llevada a medicina general, fue remitida a la especialidad de oftalmología.

Arguye que remitió a través de correo electrónico el día 13 de agosto de 2020 una solicitud de orden médica, pero recibió como respuesta que el contrato se encuentra en proceso administrativo y por lo tanto no se le puede generar la autorización solicitada.

Por lo anterior, el agente oficioso expone que se vio en la necesidad de costear la atención especializada requerida por la niña, en aras de garantizar su derecho a la salud, para lo cual el día 14 de agosto de 2020 solicitó atención de optometría en la clínica oftalmológica de Cartagena y se ordenó de manera urgente la valoración debido a la afectación que se encontró en la retina de la niña.

El día 20 de agosto del presente año, se le indicó al agente oficioso que la menor presenta *"al examen ocular vitreitis leve, retina aplicada, nervio óptico con edema, presencia de membrana prepapilar, que se extiende tangencialmente a macular, hasta llegar a zona temporal de la retina, hora 3 a horario 5, en macula se aprecia exudados duros con hemorragia intrarretinarias"*.

En ese orden, el agente oficioso explica que su hija padece una lesión por causa de un parásito llamado toxocariasis que afecta la retina del ojo izquierdo de la menor, resaltando que puede generarse una ceguera total, por lo que se le indicó un tratamiento a seguir.

Explica que ha venido sufragando los costos económicos elevados del tratamiento, por cuanto la Policía de Cartagena, no ha resuelto el proceso administrativo de contratación de la especialidad de oftalmología, por lo que describe la serie de gastos.

- Contestación

UNIDAD PRESTADORA DE SALUD BOLÍVAR DE LA POLICÍA NACIONAL²

Manifiesta que mediante comunicado oficial No. S-2020-028720-DEBOLde 07 de Septiembre de 2020³ se dio como respuesta al señor Carazo que, debía esperar unos días ya que el contrato se encontraba en trámite y según informe médico de la auditora de la oficina no representa ningún riesgo de vida para el usuario, por lo cual no se tramite por urgencia, ya que la especialidad Optometría tiene como fin definir la medición visión para ordenar el tipo de lente que puede utilizar el paciente.

Sostiene que no pueden acceder a las pretensiones del agente oficioso, por cuanto a voluntad propia decidió llevar a su hija a consulta particular sin previo aviso a la EPS y no dio a conocer el resultado de la consulta particular por oftalmología que permitiese convalidar la viabilidad de autorizar lo allí ordenado previa auditoria de los médicos de la Unidad.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la acción, toda vez que manifiesta que jamás han negado la prestación del servicio, sino que se le informo que se encontraban en trámites administrativos a consecuencia del traumatismo generado en el mercado a razón de la pandemia Covid-19.

- DIRECCION DE SANIDAD BOLIVAR⁴

Sostiene que la Dirección de Sanidad es una dependencia de la Policía Nacional que a su vez es una Dirección dentro de la estructura orgánica del Ministerio de Defensa Nacional, es la encargada de administrar el Subsistema de Salud e implementar las políticas que emita el Consejo Superior de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional y los planes y programas que coordine el Comité de Salud de la Policía Nacional respecto del Subsistema de Salud de la Policía Nacional; por lo cual, tiene la facultad de delegar y desconcentrar funciones en las unidades prestadoras de salud.

En ese sentido, expone que que la tutela del asunto es de competencia de la Unidad Prestadora de Salud Bolívar, la cual es liderada por el Señor

² No. de Fls. 4.

³ No. de Fls. 1.

⁴ No. de Fls. 4.

Capitán CRISTIAN ALVAREZ ZAMBRANO y por tanto solicita ser desvinculada de la presente acción.

- **FUNDAMENTOS JURÍDICOS.**
- **Sentencia de Primera Instancia⁵**

El Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena mediante sentencia de fecha 17 de septiembre de 2020, resolvió conceder las pretensiones, argumentando que la vulneración del derecho no solo se presenta cuando no se emite la orden de servicios, sino también, cuando proferida la misma, el servicio autorizado no se puede realizar de manera oportuna. Por lo anterior, falla:

“PRIMERO: Tutelar el derecho fundamental a la salud, vida digna, igualdad, seguridad social y derecho al diagnóstico de la menor ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ, vulnerado por la POLICIA NACIONAL – SANIDAD BOLÍVAR y la UNIDAD PRESTADORA DE SALUD BOLÍVAR, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Ordenar a la Dirección de Sanidad de Bolívar de la Policía Nacional – a que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, agende cita con oftalmología – optometría a la menor ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ atendiendo a los parámetros establecidos en las consideraciones de esta providencia.

TERCERO: Ordenar a la POLICIA NACIONAL – SANIDAD BOLIVAR para que efectué el trámite de desembolso del dinero que gastó el agente oficioso en el tratamiento particular adelantado a la menor ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ siempre y cuando el mismo este dentro de los lineamientos establecidos en el POS”.

- **La impugnación.⁶**

UNIDAD PRESTADORA DE SALUD BOLÍVAR DE LA POLICÍA NACIONAL

La accionada presentó impugnación argumentando que a la menor se le ha brindado una prestación integral del servicio para garantizar su derecho a la salud y por tanto resulta desproporcional que el a quo ordene un reembolso de servicios que el padre de la niña decidió asumir por voluntad propia y por tanto solicitan revocar el numeral tercero del fallo y en su lugar conmine al accionante a realizar la solicitud de

⁵ Sentencia del Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena, calendada 16 de septiembre de 2020. No. de Fls. 13.

⁶ Impugnación de fecha 22 de septiembre de 2020 y concedida mediante auto de sustanciación de fecha 23 de septiembre de 2020 proferido por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena. No. de Fls. 7.

reembolso de conformidad con la resolución No. 152 del 04 de mayo de 2020.

V.- CONSIDERACIONES

- COMPETENCIA

El Tribunal Administrativo de Bolívar es competente para resolver la impugnación de la presente acción, con base en la Constitución Política y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991.

- PROBLEMA JURÍDICO.

De acuerdo con los antecedentes resumidos anteriormente, la Sala 001 del Tribunal Administrativo de Bolívar deberá determinar si la acción de tutela es procedente de manera excepcional para solicitar el reembolso de las sumas dinerarias que asumió para la atención médica de su hija, para lo cual deberá cumplirse los requisitos de legitimación en la causa, subsidiariedad, especialidad e inmediatez.

En el evento de ser procedente, le corresponde a esta Corporación Judicial resolver el problema jurídico sustancial del caso en concreto:

¿Es deber de las accionadas suministrar el tratamiento médico integral de la menor para la atención patología toxocariasis con el fin de garantizar sus derechos fundamentales al mínimo vital, salud, seguridad social e igualdad?

- TESIS

La Sala considera pertinente **REVOCAR** PARCIALMENTE la sentencia, por cuanto el agente oficioso cuenta con la Jurisdicción Ordinaria Laboral o la demanda ante la Superintendencia de Salud para solicitar el reembolso de los gastos económicos que sufragó para el tratamiento de la enfermedad que padece su hija; ello, atendiendo al principio de corresponsabilidad que tiene el Estado y los padres en cuanto a las garantías de los derechos fundamentales de los menores.

- MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

- ACCIÓN DE TUTELA

Esta se encuentra consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentado por el artículo 1º del Decreto 2591 de 1991, el cual establece:

“Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.”

De acuerdo a lo anterior, la acción de tutela es un mecanismo que protege los derechos fundamentales de todas las personas y por esta razón, dicho trámite sumario es preferente. Sin embargo, no debe perderse de vista que esta acción es de carácter subsidiario y residual que, y que solo procede en aquellos eventos donde no exista un instrumento constitucional o legal que le permita al actor solicitar, de manera eficaz y pronta, la protección de sus derechos.

Esta acción procede contra Toda acción u omisión de las autoridades públicas, que haya violado, viole o amenace violar cualquiera de los derechos fundamentales y tiene las siguientes características:

- Subsidiariedad: por cuanto solo resulta procedente cuando el perjudicado no disponga de otro medio de defensa judicial, a no ser que busque evitar un perjuicio catalogable como irremediable, situación ésta que debe acreditarse por quien la aduce. Este principio se encuentra consagrado en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991:

“Artículo 6º. Causales de improcedencia de la tutela. La acción de tutela no procederá:

1. Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante.

Al respecto, la Corte Constitucional en su sentencia T-480 de 2011 explica:

*“La jurisprudencia constitucional ha sido reiterativa en señalar que, en virtud del principio de subsidiariedad de la tutela, los conflictos jurídicos relacionados con los derechos fundamentales deben ser en principio resueltos por las vías ordinarias -jurisdiccionales y administrativas- **y sólo ante la ausencia de dichas vías o cuando las mismas no resultan idóneas para evitar la***

ocurrencia de un perjuicio irremediable, resulta admisible acudir a la acción de amparo constitucional".

En virtud del carácter subsidiario de la acción de tutela, se le impone al interesado la obligación de desplegar todo su actuar dirigido a utilizar todos los medios ordinarios de defensa que el Estado le ofrece para la protección de los derechos que invoca.

- Inmediatez: porque se trata de un instrumento jurídico de protección viable cuando se hace preciso disponer la guarda efectiva, concreta y actual del derecho fundamental objeto de vulneración o amenaza; si bien, la solicitud de amparo no tiene término de caducidad, su interposición debe hacerse dentro un plazo razonable, oportuno y justo, bajo el entendido que su razón de ser es la protección inmediata y urgente de los derechos fundamentales vulnerados o amenazados.

El imperativo constitucional dispone que, para acudir a la acción de amparo, el peticionario debe haber actuado con diligencia en los procesos y procedimientos ordinarios. Como consecuencia de no agotar injustificadamente los recursos legales, la acción de Tutela se torna improcedente.

En la misma sentencia, la Corte expresa:

"Sobre este particular, ha precisado la jurisprudencia que si existiendo el medio judicial de defensa, el interesado deja de acudir a él y, además, pudiendo evitarlo, permite que éste caduque, no podrá posteriormente acudir a la acción de tutela en procura de obtener la protección de un derecho fundamental. En estas circunstancias, la acción de amparo constitucional no podría hacerse valer ni siquiera como mecanismo transitorio de protección, pues tal modalidad procesal se encuentra subordinada al ejercicio de un medio judicial ordinario en cuyo trámite se resuelva definitivamente acerca de la vulneración iusfundamental y a la diligencia del actor para hacer uso oportuno del mismo".

El fin de la Acción de Tutela es brindar respuesta oportuna a circunstancias en las que por falta de previsiones normativas específicas el afectado se encuentra en situación de indefensión frente a los actos u omisiones de quien lesiona sus derechos fundamentales.

- LA SOLICITUD DE AMPARO MEDIANTE AGENTE OFICIOSO

La Constitución Política consagra en su artículo 86 a la tutela como un mecanismo mediante el cual todos los ciudadanos pudieran reclamar ante los jueces, por sí mismos o por quien actué a su nombre, la protección

de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando resulten vulnerados o amenazados por las autoridades públicas o particulares encargados de la prestación de un servicio público. De acuerdo con el ordenamiento jurídico, se puede interponer la acción de tutela por parte de la persona presuntamente vulnerada en sus derechos:

1. Por sí misma. En este caso no se precisa de profesional del derecho.
2. Cuando se trata de personas jurídicas, incapaces absolutos o menores de edad, el facultado para presentar la demanda es el representante legal.
3. Mediante apoderado judicial, caso en el cual se requiere de un poder con el lleno de los requisitos jurisprudenciales que, expresamente otorgue la facultad para interponer la acción tutelar.
4. Por intermedio de un agente oficioso, o sea, una persona indeterminada, la cual no requiere de poder, pero debe especificar que lo hace en esa calidad y siempre que el titular del derecho “no esté en condiciones” de promoverla directamente.
5. Mediante los Defensores del Pueblo y los Personeros Municipales, con fundamento en el inciso final del artículo 10 del Decreto 2591 de 1991, y la interpretación jurisprudencial.

Dicho esto, la agencia oficiosa es un mecanismo legal mediante el cual un tercero actúa en calidad de representante de una persona, sin necesidad de la existencia de un poder y con el fin de garantizar la protección efectiva de los derechos fundamentales del agenciado. Así, la Corte en su jurisprudencia⁷ sostiene:

“El principio de eficacia de los derechos fundamentales, que como mandato vinculante tanto para las autoridades públicas como para los particulares, impone la ampliación de los mecanismos institucionales para la realización efectiva de los contenidos propios de los derechos fundamentales; (ii) el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre las formas,¹³¹ principio que se encuentra en estrecha relación con el anterior y está dirigido a evitar que por razones de formalidad procesal se impida la protección efectiva de los derechos sustanciales; y (iii) el principio de solidaridad, el cual impone a los miembros de la sociedad velar por la defensa no sólo de los derechos fundamentales propios, sino también por la defensa de los derechos ajenos cuando sus titulares se encuentran en imposibilidad de promover su defensa”.

De conformidad con lo anterior, la Corte ha establecido que se debe cumplir con los siguientes requisitos normativos:

⁷ T-406 de 2017.

1. El agente oficioso manifieste que actúa como tal.
2. Del escrito de tutela se infiera que el titular del derecho está imposibilitado para ejercer dicha acción, ya sea por circunstancia físicas o mentales.
3. El titular del derecho debe ratificar lo actuado dentro del proceso.
4. La informalidad de la agencia, es decir, no requiere que exista relación formal entre el agente y el agenciado.

Lo anterior, por cuanto esta figura se encuentra limitada por la prueba del estado de vulnerabilidad del agenciado para garantizar la autonomía de la voluntad de la persona que tiene la capacidad legal para ejercicio sus derechos fundamentales por sí misma.

Los anteriores requisitos se flexibilizan en el caso de la agencia oficiosa de niños y niñas, toda vez que por expreso mandato del artículo 44 de la Constitución Política es obligación del Estado, la familia y la sociedad proteger los derechos de los niños, por ende, la informalidad de la acción de tutela adquiere mayor relevancia cuando se trata de amparar los derechos de las y los niños. Por lo anterior, cuando una persona solicita el amparo constitucional actuando como agente oficioso de un menor de edad no necesita probar que el niño o su representante están en imposibilidad de presentarla por su cuenta, ya que el artículo en mención lo legítima para actuar judicialmente.

En conclusión, la jurisprudencia de la Corte se ha orientado a reconocer la procedencia de la agencia oficiosa, cuando se evidencia la imposibilidad del agenciado para interponer la acción de tutela.

- DERECHO FUNDAMENTAL DE LA SALUD

El artículo 49 de la *Carta Constitucional*, señala que la atención en salud es un servicio que el Estado debe garantizar a todas las personas, a través del acceso a la promoción, prevención y recuperación de la salud.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, desde sus inicios fue abriendo paso a la consolidación del derecho a la salud como un derecho fundamental autónomo. Así en sentencia T-020 de 2013 se indicó:

“La Corte Constitucional ha desarrollado el carácter fundamental de la salud como derecho autónomo, definiéndolo como la facultad que tiene todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser”, y garantizándolo bajo condiciones de “oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, de acuerdo con el principio de integralidad”. Además, ha dicho que el derecho a la salud obedece a la necesidad de abarcar las esferas mentales y corporales de las personas y a la de garantizar al individuo una vida en condiciones dignas, teniendo en cuenta que la salud es un derecho indispensable para el ejercicio de las demás garantías fundamentales.”

La ley estatutaria en Salud 1751 de 2015, recoge en gran medida lo establecido en la sentencia T-760 de 2008. Así, a modo de síntesis el artículo 2º reitera el carácter fundamental del derecho a la salud indicando que es autónomo e irrenunciable en lo individual y colectivo, protegido por tres vías:

- (I) Estableciendo su relación de conexidad con el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal y el derecho a la dignidad humana, lo cual le ha permitido a la Corte identificar aspectos del núcleo esencial del derecho a la salud y admitir su *tutelabilidad*.
- (II) Reconociendo su naturaleza fundamental en contextos donde el Tutelante es un sujeto de especial protección, lo cual ha llevado a la Corte a asegurar que un cierto ámbito de servicios de salud requeridos sea efectivamente garantizado.
- (III) Afirmando en general la fundamentalidad del derecho a la salud en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna.

En lo que respecta a la integralidad, el artículo 8º de la ley en cita, dice:

“Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario”.

Quiere esto decir que, los servicios de salud deben ser suministrados de manera completa a través de los procedimientos que resulten precisos con el objetivo de ayudar a la recuperación de quien se encuentra padeciendo una patología que afecta su normal desarrollo y más si se

tiene en cuenta la corta edad de la agenciada. De igual forma, con fundamento en el artículo 15º, que a continuación se transcribe:

“El Sistema garantizará el derecho fundamental a la salud a través de la prestación de servicios y tecnologías, estructurados sobre una concepción integral de la salud, que incluya su promoción, la prevención, la paliación, la atención de la enfermedad y rehabilitación de sus secuelas.

En cuanto a los menores, el artículo 44 Superior se refiere a la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros, como derechos fundamentales de los niños. Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan:

- La Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25).
- La Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2).
- Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

De esta manera, se observa que se reconoció la estrecha relación de la salud con la dignidad humana, entendida este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el trato a la persona conforme con su humana condición.

- TUTELA EXCEPCIONAL PARA LA OBTENCION DEL REEMBOLSO A CAUSA DE GASTOS MEDICOS

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha establecido que por regla general la acción de tutela, en razón de su naturaleza subsidiaria y residual, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica. En este sentido, ha dicho que:

“La tutela resulta improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud en la que pudo incurrir la entidad que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio se entiende superada, aunado al hecho de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el pago de estas sumas”.

De igual forma, en Sentencia T-105 de 2014, se señaló:

“En síntesis, por regla general, la acción de tutela que se dirige a obtener el reembolso del dinero de las atenciones en salud que tuvo que costear el paciente y su familia es improcedente cuando se prestó el servicio, porque la petición se concreta en reclamar una suma monetaria. Esta petición es contraria al propósito de la acción de tutela que se reduce a la protección de los derechos

fundamentales ante la vulneración o amenazas derivadas de las acciones u omisiones de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud. Aunado a lo anterior, el actor cuenta con medios judiciales ordinarios a los que puede acudir con miras a satisfacer su pretensión, situación que torna improcedente el amparo".

Lo anterior, ha sido sostenido y fundamentado en que:

- La vulneración o amenaza del derecho fundamental a la salud, se entiende superada cuando la persona accede materialmente al servicio requerido.
- Existe otra vía judicial para que se obtenga el reembolso de los gastos médicos en que pudo incurrir y que considera que legalmente no está obligado a asumir, ya sea en la jurisdicción ordinaria laboral o en la contenciosa administrativa, en las discusiones de los empleados públicos sobre asuntos de la seguridad social cuando el régimen sea administrado por una persona de derecho público, según lo establece la ley 1437 de 2011.

Por regla general, no procede la tutela para el reembolso de gastos médicos, porque su propósito es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud.

Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, en principio, no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. Es por ello, que el camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria o inclusive el de acudir ante los organismos de control y vigilancia, como la Superintendencia Nacional de Salud.

En síntesis, la acción de tutela que se dirige a obtener el reembolso del dinero de las atenciones en salud que tuvo que costear el paciente y su familia es improcedente cuando se prestó el servicio, porque la petición se concreta en reclamar una suma monetaria. Esta petición es contraria al propósito de la acción de tutela que se reduce a la protección de los derechos fundamentales ante la vulneración o amenazas derivadas de las acciones u omisiones de las entidades encargadas de prestar el servicio de salud. Aunado a lo anterior, el actor cuenta con medios judiciales

ordinarios a los que puede acudir con miras a satisfacer su pretensión, situación que torna improcedente el amparo.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte también ha reconocido que excepcionalmente procede la acción de tutela para el reembolso de prestaciones económicas cuando:

- Los mecanismos judiciales establecidos para dicha finalidad no sean idóneos según las circunstancias específicas del caso.
- La empresa prestadora del servicio de salud haya negado o dilatado el suministro de la atención médica sin justificación legal.
- Exista orden del médico tratante que sugiera el servicio requerido.

Así, la finalidad del amparo de tutela, se concreta en garantizar a los pacientes el goce del derecho fundamental a la salud en el que se cubran los gastos de las prestaciones requerida por los usuarios.

Dada la naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, ésta resulta improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, cuando la petición consiste en la reclamación de una suma de dinero, lo que naturalmente desborda la competencia del juez de tutela. Sin embargo, es claro que excepcionalmente concurren circunstancias especiales que ameritan la intervención del juez constitucional, para que éste pueda aplicar las reglas jurisprudenciales y con ello determine la procedencia del amparo solicitado, más aún cuando se vea conculcado el derecho fundamental mínimo vital.

CASO CONCRETO

HECHOS PROBADOS

1. A la menor Isabel Sofía Carazo Martínez se le diagnosticó la patología toxocariasis.⁸
2. La menor se encuentra afiliada a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional – Bolívar, quien fue remitida por medicina general al especialista en Oftalmología y Optometría.

⁸ Folio 24 – 25.

3. Mediante comunicado oficial No. S-2020-028720-DEBOLde 07 de septiembre de 2020 se le manifestó al agente oficioso que *“El contrato se encuentra en proceso administrativo, por lo tanto, no se puede generar la información solicitada”*
4. En la contestación de la tutela, la Policía Nacional manifestó que el contrato número 72-7-20117-2020, fue adjudicado a la UNIDAD OFTALMOLOGICA DE CARTAGENA S.A.S, con disponibilidad de recursos suficientes para cubrir los servicios de oftalmología y optometría que requieran los usuarios, contemplados dentro del acuerdo 002 de 2001, el cual rige el subsistema de salud de las FFMM y de Policía.
5. El agente asumió los gastos económicos necesarios para la atención del tratamiento medico requerido por la menor, en la Clínica Oftalmología de Cartagena, siendo esta la misma entidad que tiene convenio con la accionada.

ANÁLISIS CRÍTICO DE LAS PRUEBAS FRENTE AL MARCO JURÍDICO

Teniendo en cuenta lo previo, se analizará la procedencia excepcional de la acción de tutela por tratarse de un asunto de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral.

(I) LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA

En primer lugar, se advierte que la acción de tutela es promovida a través de agente oficioso, el señor NICANOR MANUEL CARAZO BRAVO, en representación de los derechos de su hija, la menor ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ, satisfaciendo de esta manera los requisitos establecidos por la jurisprudencia para incoar la presente solicitud de amparo, por lo cual no existe duda frente a la legitimación por activa, de conformidad con la jurisprudencia que indicó:

La Corte Constitucional en sentencia T-120 de 2009 sostuvo lo siguiente:

“cuando se agencian los derechos fundamentales de menores de edad, la Constitución impone objetivamente la necesidad de su defensa, y por tanto no interesa realmente una especial calificación del sujeto que promueve la solicitud de amparo. En esta medida, no es forzosa la manifestación acerca de que el afectado

no se encuentra en condiciones de promover su propia defensa, pues ello puede ser obvio tratándose de niños”⁹.

(II) LEGITIMACION EN LA CAUSA POR PASIVA

Se advierte que la acción se interpone en contra de **LA POLICIA NACIONAL – SANIDAD BOLIVAR y la UNIDAD PRESTADORA DE SALUD BOLIVAR**. Al tratarse de autoridades públicas, con personería jurídica y autonomía administrativa y patrimonial, hacen parte del poder público y, por tanto, encuentra la Sala que se cumple con este requisito.

Ahora bien, dentro de la presente solicitud, actuando en calidad de agente oficioso de su hija, presentó tutela con el fin de que la accionada suministre sin ninguna clase de obstáculos la debida atención integral del tratamiento requerido por la niña para la patología de toxocariasis que padece. De igual forma, solicito el reembolso de los gastos particulares que asumió por motivo de consultas y exámenes particulares requeridos.

En ese sentido y para resolver el problema jurídico planteado, esta Corporación debe precisar la importancia de garantizar el derecho a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

Se ha establecido en la jurisprudencia constitucional que los niños son sujetos de especial protección constitucional por cuanto no son capaces de ejercer sus derechos por sí mismos y por tanto para poderlos proteger se requiere un tratamiento diferenciado que promueva la dignidad, teniendo en cuenta que el artículo 44 Constitucional consagra la prevalencia de los derechos de los niños y las niñas sobre los de los demás.

Aterrizando en el *sub lite*, observa esta Sala que los derechos fundamentales de la menor están siendo vulnerados por las accionadas, toda vez que al imponer obstáculos administrativos argumentando que, la médica general no indicó ningún tipo de urgencia, no puede ser justificante para demorar la prestación del servicio de salud de la menor y más si se tiene en cuenta que esta es un sujeto de especial protección constitucional; no obstante, el derecho a la salud de la niña está siendo garantizado por su padre desde el momento en que por voluntad propia

⁹ T-120 de 2009.

decidió asumir el gasto de las consultas y exámenes particulares que la niña recibió, permitiéndole acceder materialmente al servicio y derecho fundamental de la salud.

En ese orden, el principio de corresponsabilidad establece la relación que existe entre los padres, las instituciones públicas o privadas y el Estado, satisfaciendo entre todos como un conjunto, la atención que demanden las garantías de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, donde el ordenamiento jurídico les ha distribuido la carga, atención, protección y cuidado de los actores sociales en beneficio de los intereses de quienes son el desarrollo del país.

Es decir, la garantía de los derechos de los menores no puede interpretarse de manera aislada, sino como un conjunto que respeta y promueve los derechos en aplicación a las normas constitucionales y legales que permiten el ejercicio de los niños en la sociedad, atribuyendo así la responsabilidad a quienes tienen la custodia y cuidado con el fin de propender por el desarrollo armónico, pleno y total que hace que al ser sujetos de protección constitucional, sus derechos prevalezcan sobre los demás asociados.

Así las cosas, se evidencia que tanto los padres de la menor, como las accionadas están facultados y obligados a proteger a la niña Isabel Sofía Carazo, atendiendo que padece de una enfermedad denominada "toxocariasis" y que se encuentra afectando su visión y por ende su derecho fundamental a la salud.

Ahora bien, como se sostiene en estos razonamientos, se evidencia que las accionadas no están garantizando los derechos de la agenciada, su padre si lo ha hecho de manera directa acudiendo a su patrimonio y recursos para el bienestar físico, psíquico y fisiológico de la niña, al acudir a la Clínica Oftalmológica donde está recibiendo el tratamiento, independientemente de si lo ha hecho a través de la entidad que le presta los servicios en salud o si recibe tratamiento de manera particular, ya que lo verdaderamente importante es proteger a la menor.

Es por esto que debe resaltarse que en el presente caso es necesaria la intervención del Juez Constitucional a fin de velar por los intereses y derechos de la niña Isabel; pero en cuanto al reembolso de los gastos médicos que asumió su padre, debe precisarse por parte de este Órgano

Colegiado que, la tutela tiene naturaleza subsidiaria y residual, por tanto, no es el mecanismo adecuado para solicitar el reembolso de prestaciones de naturaleza económica.

En ese sentido, la tutela solo procede como mecanismo excepcional para solicitar el reembolso por concepto de gastos médicos cuando los mecanismos judiciales para dicha finalidad no son idóneos de acuerdo a las características específicas del caso, por lo que dentro del *sub judice* se evidencia que su padre asumió de su patrimonio el tratamiento de la niña y si desea obtener el reembolso de los gastos médicos, cuenta con la vía administrativa y judicial ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral o La Superintendencia De Salud, constituyéndose como el instrumento previsto por la normatividad legal vigente para reclamar prestaciones y gastos económicos.

Así las cosas, la ley 1438 de 2011, modificó el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, ampliando el ámbito de competencia de la Superintendencia en tres asuntos más, los cuales son:

- “e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo.
- f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud.
- g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

De acuerdo con la norma, este procedimiento jurisdiccional tiene las siguientes características:

- (i) Se inicia con una solicitud dirigida a la Superintendencia Nacional de Salud, en la cual se debe expresar con la mayor claridad, la causal que la motiva, el derecho que se considere violado, las circunstancias de tiempo, modo y lugar, así como el nombre y residencia del solicitante.
- (ii) La solicitud misma y su presentación no requiere de ninguna formalidad o autenticación, ni es necesario actuar mediante apoderado.

- (iii) Puede ser presentada mediante memorial, telegrama u otro medio de comunicación que se manifieste por escrito, para lo cual la ley establece que se gozará de franquicia.
- (iv) En el trámite del procedimiento jurisdiccional prevalece la informalidad y la Superintendencia debe ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes para lograr la efectiva protección del usuario; (v) dentro de los diez (10) días siguientes a la solicitud, la Superintendencia dictará fallo, el cual se notificará por medio expedito que asegure su cumplimiento.
- (v) Dentro de los tres días siguientes a su notificación, el fallo podrá ser impugnado.

Según esto, la Superintendencia Nacional de Salud es competente para conocer y fallar en derecho, con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez.

Atendiendo lo anterior, en cuanto a la devolución de gastos económicos, el agente oficioso debe acudir a la vía administrativa o judicial dispuesta para tal fin. En ese orden, no puede ordenarse por vía de tutela la devolución económica por concepto de consultas médicas y exámenes debido a que la tutela se instituyó para garantizar la protección de los derechos fundamentales y no para omitir el curso normal de las acciones ordinarias.

Lo anterior no se traduce en que no sea obligación de la Policía Nacional mediante su unidad prestadora de servicios en salud, asumir la responsabilidad del tratamiento integral que requiere la menor, porque es a esta a quien le corresponde garantizar la prestación de los servicios médicos y *por ello* al excusarse en un contrato que se encuentra en trámite, está incurriendo en la vulneración de los derechos de la menor, ya que no está prestando la atención médica que requiere la paciente.

De acuerdo a esto, comparte la Sala la decisión tomada por el A quo en cuanto a que no es obligatorio que el médico tratante manifiesta de manera literal que el tratamiento que necesita la menor es de carácter urgente, por cuanto se ha explicado en líneas precedentes que, ésta al ser parte de un grupo de protección especial requiere atención prevalente, por tanto, la orden generada indica que él es necesario acudir al médico especialista en mención.

En ese sentido, el servicio está siendo brindado por su padre y luego de haberse rectificado por parte de esta Sala, quien es el responsable para garantizar tal derecho, debe continuarse con las ordenes emitidas por el *a quo*, de tal forma que, las accionadas asuman los gastos económicos que requiere el tratamiento integral de la menor, pues teniendo en cuenta la Jurisprudencia¹⁰, el principio de integralidad de la ley 1751 de 2015 opera en el sistema de salud no solo para garantizar la prestación de los servicios y tecnologías necesarios para que la persona pueda superar las afectaciones que perturban sus condiciones físicas y mentales, sino, también, para que pueda sobrellevar la enfermedad manteniendo su integridad y dignidad personal.

En ese orden, existe una negativa por parte de la accionada al tardar en la prestación del servicio de salud, por ende ello hace que esta Sala deba proteger el núcleo esencial de los derechos fundamentales de la menor, sosteniendo las ordenes que emitió el Juzgador de Primera Instancia, pues la responsabilidad de garantizar el tratamiento médico le corresponde a La Policía Nacional - **UNIDAD PRESTADORA DE SALUD BOLÍVAR – DIRECCION DE SANIDAD BOLIVAR.**

En conclusión, en aras de garantizar el mandato constitucional que impone mayor obligación a los operadores judiciales, de proteger los derechos fundamentales de los sujetos de especial protección, esta Corporación comparte los razonamientos de primera instancia pues es totalmente cierto que la accionada debe propender, proteger y garantizar el derecho a la salud de la niña, sin imponer trabas administrativas o exigir el cumplimiento de condiciones que solo atrasan el tratamiento integral que debe recibir la menor.

Por las razones explicadas en líneas precedentes, que esta Sala debe revocar parcialmente la sentencia de primera instancia mediante la cual se ordenó iniciar el trámite de desembolso del dinero que gastó el agente oficioso en el tratamiento particular que adelantó para su, toda vez no demostró que la menor este sufriendo un perjuicio irremediable por cuanto él mismo ha garantizado el derecho a la salud de su hija, atendiendo así las obligaciones y responsabilidades que adquieren los padres para con los hijos que componen el núcleo familiar.

¹⁰ T-171 de 2018.

Por los motivos anteriormente esgrimidos, procederá el Tribunal a **REVOCAR PARCIALMENTE** la sentencia de fecha 16 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Décimo Primero (11) Administrativo Oral del Circuito de Cartagena.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Administrativo de Bolívar, Sala de Decisión Oral, administrando justicia en nombre de la República, y por autoridad de la Ley,

IV- FALLA

PRIMERO. – REVOCAR el numeral tercero de la sentencia de fecha dieciséis (16) de septiembre de 2020 proferida por el Juzgado Décimo Primero Administrativo Oral del Circuito de Cartagena. En lo demás, CONFIRMAR la sentencia impugnada, por las razones antes expuestas en el presente proveído.

SEGUNDO. - NOTIFÍQUESE esta providencia a las partes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

TERCERO. - Dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, remítase el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, y envíese copia de la misma al despacho de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Constancia: El proyecto de esta providencia fue debatido y aprobado en la sesión de la fecha -

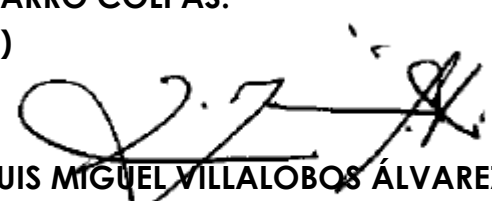
LOS MAGISTRADOS



ROBERTO MARIO CHAVARRO COLPAS.
(Ponente)



JOSÉ RAFAEL GUERRERO LEAL



LUIS MIGUEL VILLALOBOS ÁLVAREZ

Roberto Mario Chavarro Colpas

Radicado: 13001-33-31-011-2020-00107-01
Demandante: ISABEL SOFIA CARAZO MARTINEZ

Magistrado(a)
Tribunal Administrativo De Bolivar

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

3304b96f631a9782ed82beac9f37fb7644720b4b49f30c8dc1570612bc4e2f33

Documento firmado electrónicamente en 14-10-2020

Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/Justicia21/Administracion/FirmaElectronica/frmValidarFirmaElectronica.aspx>