

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON
FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS**

Bogotá D.C., veintiuno (21) de abril de dos mil veintiuno (2021)

ACCIÓN DE TUTELA

Radicación: No. 2021-086
Accionante: Claudia Patricia Ramírez
Jiménez agente oficiosa hijo
Nicolás Tibocho Ramírez
Accionado: EPS Famisanar y Colsubsidio
Decisión: Niega tutela

ASUNTO

Resolver la acción de tutela instaurada por CLAUDIA PATRICIA RAMIREZ JIMÉNEZ quien actúa como agente oficiosa de su hijo NICOLÁS TIBOCHA RAMIREZ, en contra de EPS Famisanar y Colsubsidio, por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad física y a la salud, consagrados en la Constitución Nacional.

FUNDAMENTOS FÁCTICOS

La actora, interpone acción de tutela indicando los siguientes hechos:

1. Que su hijo es paciente paliativo y ha tenido múltiples Patologías, siendo el diagnóstico base la Cardiopatía congénita compleja cianótica.
2. Agrega que en consulta normal odontológica con Colsubsidio su caja de compensación, remitieron a su hijo con el ortodoncista, quien le indicó que era necesario iniciar un proceso de Ortodoncia, el cual no está cubierto por el Plan Obligatorio de Salud y debe ser financiado de manera particular porque es "estético".
3. Indica que es madre soltera, trabajadora y gana solo el mínimo; que su hijo NICOLAS TIBOCHA, esta en la etapa de la adolescencia y requiere el tratamiento por el daño en sus dientes por tantos tratamientos; que en cualquier momento el

corazón de su hijo NICOLÁS pueda dejar de latir y quiere brindarle la posibilidad de tener una linda sonrisa y darle una calidad de vida digna, pero el valor del tratamiento de Ortodoncia no está a su alcance económico; por lo que considera procedente acudir a la acción de tutela como medida de auxilio y con el fin que se le reconozca los derechos fundamentales invocados y que por tratarse de un menor de edad goza de especial protección constitucional.

PRETENSIONES

Solicita la accionante se tutele a favor de su hijo NICOLAS TIBOCHA RAMÍREZ los derechos fundamentales invocados y en consecuencia de ello se ordene a la EPS Famisanar le autoricen y presten el servicio del tratamiento de Ortodoncia que requiere el menor.

RESPUESTA DE LAS ENTIDADES ACCIONADAS

Famisanar EPS

La Directora de Gestión del Riesgo Poblacional de la entidad en mención, informó al despacho que el suministro del procedimiento estético tratamiento de ortodoncia no se encuentra autorizado, que en la Resolución 2481 de 2020 indica que es un procedimiento estético como el aquí pretendido “...*plástica estética, cosmética o de embellecimiento: procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente. sin efectos funcionales u orgánicos...*”, es decir, el procedimiento de ortodoncia se usa para dar un mejor aspecto a las piezas dentales, para darle un mejor aspecto a la posición de la dentadura y mordida; que no tiene cobertura como servicio con cargo a la UPC, Resolución 2481 de 2020 insumos que no corresponden al ámbito de la salud, artículo 127, por medio de la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud en virtud del literal “a” del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en adopción de los lineamientos impartidos por el artículo 154 de la ley 1450 de 2011, no se puede financiar con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud.

Agrega que los recursos públicos asignados a la salud no podrán destinarse a financiar servicios y tecnologías; indica que el presupuesto máximo asignado a la salud establecido a partir del primero (1º) de marzo de 2020 es “*limitado*” y está destinado de manera específica, para salvaguardar la vida e integridad de la población afiliada y no puede utilizarse dichos rubros de carácter público, para financiar y

garantizar servicios que no se encuentran dentro del ámbito de la salud, servicios que por sí mismos no son instrumentos de carácter terapéutico para superar una patología y ni siquiera guarden los principios de conexidad y finalidad con la patología base del usuario, como los servicios aquí pretendidos por la accionante.

Adiciona que desde el punto de vista médico, indica que no existe un riesgo para la vida del paciente, ya que el insumo no cumple con los principios de conexidad y finalidad con la patología del paciente y además de ser un servicio que no está clasificado como medicamentos, insumos médicos, procedimientos o dispositivos que correspondan al ámbito de la salud por considerarse suntuoso por ser una ayuda estética para embellecimiento más no sirve como tratamiento para superar la patología que aqueja al usuario, por lo tanto no se constituye en un conector médico propiamente.

Que el Sistema General de Seguridad Social en Salud es reglado y quienes en él participan no pueden hacer sino lo que expresamente ha determinado la ley; que para los particulares que administran recursos de salud rige el principio de los funcionarios públicos, que pueden hacer lo que les esté expresamente permitido, además, el estado ha delegado parte de la prestación del servicio público de salud en entidades privadas, que han entrado en el mercado de la salud, que es completamente reglado para prestar un servicio público esencial, obligatorio e irrenunciable; que su representada ha desplegado todas las actuaciones tendientes a cumplir con lo ordenado por el galeno tratante y a la fecha el cumplimiento de lo requerido se ha llevado a cabo.

Que la EPS Famisanar actualmente no podría dar cumplimiento de orden alguna en procura de garantizar los derechos fundamentales del usuario que puedan ser protegidos en sede de tutela, dado que no puede actuar en contra de las normas que racionalizan el SGSSS. Solicita al Despacho declarar improcedente la presente acción de tutela, ya que el no tener una linda sonrisa como lo informa la madre del usuario no se está vulnerando ningún derecho fundamental ni se está colocando en riesgo la salud o la vida del menor, por ser un procedimiento estético y no funcional.

Caja Colombiana de Subsidio Familiar - Colsubsidio

El abogado de la entidad en mención, informó al Despacho que como IPS presta los servicios de salud bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de salud (IPS), a través de una red de clínicas y centros médicos; que el acceso al servicio de salud para los afiliados al sistema de seguridad social pertenecientes al régimen contributivo,

se materializa por conducto de una sociedad privada comercial, autónoma e independiente de Colsubsidio, su naturaleza corresponde a la de una entidad promotora de salud (EPS); las entidades tienen por objeto operar como administradoras dentro del sistema y cumplen la función de aseguradoras de los cotizantes y sus beneficiarios, producto de una relación contractual.

Agrega que las EPS al afiliar y recibir las unidades por capitación, se encargan de asegurar, administrar y direccionar los riesgos, adelantando una labor de acercamiento con una la red de prestadores de salud, como lo son las IPS, quienes prestan un servicio que previamente ha sido autorizado por las EPS y a su vez son quienes deben pagar una contraprestación, fruto de esa relación contractual asegurador-prestador.

Adiciona que el paciente fue atendido en la Clínica Infantil Colsubsidio, por ortodoncista el 4 de febrero de 2021 para valoración inicial, donde se requiere tratamiento de ortodoncia no cubierto por el PBS; el 4 de marzo se realizó segunda atención para toma de impresiones diagnósticas y estudio cefalométrico; por tercera vez fue atendido el 11 de marzo, se completa HC, se da charla de recomendaciones, se explica diagnóstico, pronóstico y plan de tratamiento; su maloclusión dental no está relacionada con su patología cardíaca y su realización o no del tratamiento planteado por ortodoncia, no representa riesgo para continuidad de la vida; indica que no hay negaciones de servicios en IPS Colsubsidio.

Finaliza indicando que no existe legitimación por pasiva, ya que al tenor de lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela debe dirigirse contra *"la autoridad pública, cuando por acción u omisión, lesione o amenace lesionar los derechos fundamentales de una persona y contra los particulares encargados de la prestación de un servicio público..."*. que Colsubsidio no es el responsable de responder por las pretensiones de CLAUDIA PATRICIA RAMÍREZ JIMÉNEZ, en representación de su hijo NICOLÁS TIBOCHA RAMÍREZ, por no existir vulneración de los derechos fundamentales por parte de esa entidad. Solicita declarar improcedente la presente acción de tutela en contra de la IPS Colsubsidio, puesto que la institución no le ha vulnerado ningún derecho a la accionante.

ADRES- Administradora de los recursos del sistema de salud

El abogado de la oficina Jurídica de la entidad en mención, manifestó al Despacho, que el ente al que representa es una entidad adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio independiente,

encargada de administrar los recursos que hacen parte del Fondo de Solidaridad y Garantía – FOSYGA, del Fondo de Salvamento y Garantías para el sector salud- FONSAET, los que financien el aseguramiento en salud, los copagos por concepto de prestaciones no incluidas en el plan de beneficios del régimen contributivo, los recursos que se recaen como consecuencia de las gestiones que realiza la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social (UGPP), siendo que en ningún caso será responsable directo de la prestación del servicio de salud.

Agregó que, de los derechos presuntamente vulnerados en la presente tutela, es de responsabilidad del Estado garantizar el derecho a la salud y para ello tiene el deber indelegable en la definición de políticas y reglamentación de todo lo atinente a la prestación del servicio de salud y de las condiciones en que esta tenga lugar. Que la jurisprudencia constitucional en torno al derecho a la vida ha hecho énfasis en que éste no hace relación exclusivamente a la vida biológica, sino que abarca también las condiciones mínimas de una vida en dignidad.

En cuanto a lo que respecta a esta tutela, esa entidad no presta los servicios de salud, por lo que la vulneración de un derecho fundamental se produciría una omisión no atribuible a esa entidad y que esa función recae directamente sobre las EPS, porque tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de sus afiliados, ni retrasarla que ponga en riesgo la vida o salud de los mismos. Que el sistema de salud permite a los afiliados del régimen contributivo, además de tener derecho a los servicios incluidos en el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, contratar servicios adicionales o complementarios. Estos planes complementarios de salud son servicios privados, de interés público, que no le corresponde prestar al Estado. Estos planes son ofrecidos por las Entidades Promotoras de Salud, las Entidades Adaptadas, las compañías de medicina prepagada y las aseguradoras; las dos partes contractuales- entidad que presta el plan voluntario de salud. EPS y el usuario, afiliado que adquiere el servicio, son los llamados a dirimir las diferencias. Al ser un servicio privado de interés público, de exclusiva responsabilidad de los particulares contratantes, no es presumible alguna carga sobre la entidad que representa.

Indica que la acción de tutela no es el mecanismo adecuado para debatir controversias derivadas de contratos adicionales de salud, pues al ser naturaleza contractual, el régimen aplicable es el derecho privado; en estos casos, el ordenamiento prevé acciones judiciales específicas para estos asuntos. Dado que el objeto de esos contratos

es la prestación del servicio de salud y como consecuencia quien lo presta ejerce un servicio público, la tutela se convierte procedente cuando la empresa "Haciendo uso de su posición dominante mediante acciones u omisiones, viola o amenaza tales derechos, y se establece que los mecanismos ordinarios de protección son ineficaces o carecen de idoneidad". Para finalizar, solicita al despacho negar el amparo invocado por el accionante por no haber desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del mismo, en consecuencia, desvincular a esa entidad del trámite de la presente acción constitucional.

PRUEBAS

1. Con el escrito de tutela, la accionante allegó los siguientes documentos:

- Fotocopia de la cédula de ciudadanía de la accionante y del menor NICOLAS TIBOCHA RAMIREZ.
- Fotocopia de la orden de Ortodoncia, cementación de tubos, colocación 1 y 2 aparatología fija, de fecha 11 de marzo de 2021 a nombre de NICOLAS TIBOCHA, expedida por Colsubsidio.
- Fotocopias de las tarifas SAP Ortodoncia de Colsubsidio.
- Fotocopia de parte historia clínica a nombre del accionante.
- Fotocopia historia clínica a nombre de NICOLAS TIBOCHA expedida por la IPS Colsubsidio.

2. La entidad promotora Famisanar EPS y la Caja de Compensación Familiar - Colsubsidio, no allegaron documento alguno que sirviera de respaldo a su respuesta; Adres, adjunto la Resolución y poder de representación en esta tutela.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO

1. Competencia

De conformidad con el artículo 86 de la Constitución Política, en concordancia con el Decreto 2591 de 1991 y el Decreto 1983 de 2017, que dispone reglas de reparto, es competente este Despacho para resolver la solicitud de la tutela, por tratarse la accionada de un particular que presta el servicio de salud y encargada de suministrar el plan de beneficios en salud.

Frente al factor territorial se tiene que el domicilio de la accionante y las entidades accionadas es Bogotá y en esta misma ciudad tienen ocurrencia los hechos fundamento de la solicitud de amparo.

2. Del sub exámine

2.1. El artículo 86 de la Carta Política señala que 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 o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública, o de particulares en los casos expresamente señalados.

También establece dicha norma que la acción de tutela solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. Ahora bien, para resolver el caso en concreto es necesario precisar los alcances del derecho a la salud y seguridad social.

3. Derecho fundamental a la salud. cobertura y exclusiones del plan de beneficios. derecho a la atención integral en salud

3.1. Regulación del derecho a la salud como fundamental autónomo.

El derecho a la salud se encuentra consagrado en el artículo 49 de la Constitución, dentro de la categoría de los derechos económicos, sociales y culturales¹, y es definido como un servicio público a cargo del Estado, en virtud del cual se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de *promoción, protección y recuperación de la salud*, bajo los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*². A pesar su ubicación en el texto constitucional, la Corte reconoció desde sus primeros pronunciamientos³ que el derecho a la salud era susceptible de ser protegido a través de la acción de tutela, cuando se encontrara estrechamente asociado al goce efectivo de algún derecho

¹ Sentencia T-943 de 2011.

² Artículo 49: "La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. (...)." (resaltado por fuera del texto original).

³ Entre otras, sentencias T-571 de 1992, T-613 de 1992, T-597 de 1993, T- 71 de 1995, T-762 de 1998 y T-999 de 2000.

fundamental, como la vida, la dignidad humana o la integridad personal. Este criterio de *conexidad* toma en cuenta la íntima e inescindible relación entre la salud y algunos derechos fundamentales⁴. Ahora bien, en tratándose de los niños, el artículo 44 CP⁵ expresamente califica este derecho como fundamental y, por consiguiente, es susceptible del amparo constitucional⁶, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 86 *ibidem*.

Hace unos años, la jurisprudencia de la Corte Constitucional abandonó el referido criterio de *conexidad*, por estimarlo insuficiente, y consideró que los derechos prestacionales o de segunda generación –entre ellos la salud–, podían calificarse como derechos fundamentales autónomos cuando (i) su garantía depende de la simple omisión o abstención; (ii) se trate de un derecho subjetivo, es decir, de una prestación reconocida por la ley o el reglamento; y (iii) aunque no haya nacido un derecho subjetivo, se esté ante circunstancias de debilidad manifiesta que requieren especial protección del Estado⁷.

Posteriormente, en la Ley Estatutaria 1751 de 2015 se reguló el derecho a la salud como un derecho *fundamental*⁸ y *autónomo*⁹, en cabeza de todos los colombianos, sin distinción de grupo etario o sector poblacional. Sobre esta nueva regulación, la Corte señaló que *"Por lo que respecta a la caracterización del derecho fundamental a la salud como autónomo, ningún reparo cabe hacer, pues, (...) ya ha sido suficientemente establecido por la jurisprudencia dicha condición de autónomo con lo cual, no se requiere aludir a la conexidad de dicho derecho con otros que se estimen como fundamentales, con miras a predicar la fundamentalidad de la salud, con lo cual se da vía libre a la procedibilidad de la tutela para protegerlo."*¹⁰ (Resaltado por fuera del texto original).

De lo anterior, se colige que, por su desarrollo jurisprudencial y su posterior regulación estatutaria, el derecho a la salud es un **derecho fundamental autónomo, en cabeza de todos los colombianos**, susceptible de amparo a través de este mecanismo de protección

⁴ Sentencia T-571 de 1992.

⁵ Artículo 44: "Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social (...)" (resaltado por fuera del texto original).

⁶ Entre otras, ver las sentencias T-597 de 1993, T-640 de 1997, T-796 de 1998, T-784 de 1998.

⁷ Sentencia T-1081 de 2001, que reiteró a su vez la T-801 de 1998. En aquella ocasión, la Corte consideró que el derecho a la salud adquiría la connotación de fundamental y autónomo para la población de la tercera edad por sus características de especial vulnerabilidad. Ver también sentencias T-585 y T-760 de 2008.

⁸ Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 1.

⁹ Ley Estatutaria 1751 de 2015, artículo 2.

¹⁰ Mediante sentencia C-313 de 2014, esta Corte examinó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara *"Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones"*, en virtud de la competencia contenida en el artículo 241.8 de la Constitución.

constitucional, independientemente de la edad o condición socioeconómica en que se encuentre su titular. Y, cuando se trate de personas en situación de debilidad manifiesta en razón a su edad, los requisitos generales de procedencia de la acción deberán ser analizados con mayor flexibilidad, propendiendo a que el derecho fundamental a la salud les sea garantizado de forma inmediata, expedita y prioritaria¹¹.

3.2. Cobertura y exclusiones del Plan de Beneficios en Salud.

Ahora bien, la garantía del derecho fundamental a la salud comprende el acceso de todos los colombianos a unas prestaciones que tienen por objeto lograr la preservación, mejoramiento y promoción de la salud¹². Mediante la Ley 1751 de 2015, se creó un nuevo modelo de aseguramiento para los usuarios del sistema diferente al originalmente previsto en la Ley 100 de 1993¹³. En efecto, el artículo 15 de la precitada ley estableció un nuevo criterio de definición de los servicios y tecnologías financiados con los recursos públicos asignados a la salud, según el cual, la garantía del derecho se da a través de la prestación de servicios y tecnologías **estructurados sobre una concepción integral del derecho**, que incluye su promoción, prevención, paliación de la enfermedad y recuperación de las secuelas, **salvo** los servicios y tecnologías que cumplan con alguno de los siguientes criterios:

- (I) Que tengan como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas;
- (II) Que no exista evidencia científica sobre su seguridad y eficacia clínica;
- (III) Que no haya evidencia científica sobre su efectividad clínica;
- (IV) Que su uso no haya sido autorizado por la autoridad competente;
- (V) Que se encuentren en fase de experimentación; o
- (VI) Que tengan que ser prestados en el exterior.

Para efectos de materializar la implementación de este nuevo esquema de aseguramiento con base en exclusiones, el mencionado artículo dispuso que los servicios o tecnologías que cumplieran con alguno de

¹¹ Corte Constitucional, sentencia T – 010 de 2019.

¹² Ley 1751 de 2015, artículo 2°.

¹³ El modelo anterior, contemplado en el artículo 162 de la Ley 100 de 1993, consistía en la garantía de los servicios e insumos contenidos expresamente en los planes obligatorios de salud, los cuales variaban de contenido dependiendo del tipo de afiliado y el régimen de afiliación.

los criterios reseñados no estarían cubiertos con la financiación del Sistema por parte del Ministerio de Salud y Protección Social, mediante un procedimiento técnico científico de carácter público, colectivo, transparente y participativo, que debe contar con el criterio de expertos independientes, asociaciones profesionales y pacientes potencialmente afectados. Dicho procedimiento¹⁴, culminó con la expedición de la Resolución No. 5267 de 2017¹⁵, en la cual se adoptó el listado de servicios y tecnologías excluidos expresamente de la financiación con los recursos públicos destinados a la salud para el año 2018. Así mismo, dicho Ministerio actualizó el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC para esa vigencia, mediante Resolución No. 5269 de 2017.

Mediante sentencia C-313 de 2014, la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad del sistema de exclusiones, al considerar que resulta congruente con un concepto del servicio de salud en el cual la inclusión de todos los servicios y tecnologías se constituye en regla y las exclusiones en la excepción. En este sentido, señaló que *"[S]i el derecho a la salud está garantizado, se entiende que esto implica el acceso a todos los elementos necesarios para lograr el más alto nivel de salud posible y las limitaciones deben ser expresas y taxativas. Esta concepción del acceso y la fórmula elegida por el legislador en este precepto, al determinar lo que está excluido del servicio, resulta admisible, pues, tal como lo estimó la Corporación al revisar la constitucionalidad del artículo 8º, todos los servicios y tecnologías se entienden incluidos y las restricciones deben estar determinadas"*¹⁶.

Por el contrario, la Corte consideró que la disposición contenida en el inciso 4º del artículo 15, sobre la implementación de un mecanismo para definir las prestaciones en salud cubiertas por el sistema, resultaba inconstitucional al partir del *inaceptable* supuesto de servicios y tecnologías no cubiertos por el sistema, pero que a la vez no correspondían a las limitaciones taxativamente señaladas por el legislador, configurándose, una *restricción indeterminada* al acceso a los servicios y tecnologías en materia de salud. De esta manera, procedió a declarar la inconstitucionalidad de la expresión según la cual se definirían de forma expresa las prestaciones en salud cubiertas por el SGSSS.

¹⁴ Regulado mediante Resolución No. 330 de 2017, en la que se determinaron sus etapas y funcionamiento.

¹⁵ El legislador estatutario otorgó dos años al Ministerio para implementar el procedimiento de exclusiones (Ley 1751 de 2015, artículo 15).

¹⁶ Sentencia C-313 de 2014.

Por su parte, la Sala Especial de Seguimiento de la Corte de la sentencia T – 760 de 2008, en auto 410 de 2016¹⁷, al hacer alusión al marco normativo y jurisprudencial sobre la actualización integral del plan de beneficios, señaló que la Ley 1751 de 2015 estableció una **nueva forma de actualización basada en un sistema de exclusiones**, según el cual **"en principio el sistema cubre todos los tratamientos y tecnologías en salud que no estén expresamente exceptuados dentro del plan de beneficios. De esta manera se pretende garantizar 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 (art. 15)."**¹⁸ (Resaltado por fuera del texto original).

Lo anterior, supuso una transformación en el diseño de los planes contentivos de los beneficios en salud para los colombianos, pues a partir de la implementación de lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, todo se entiende incluido, salvo lo que sea expresamente excluido tras la realización del procedimiento técnico científico. En este punto, es importante precisar que la expedición de la Resolución No. 5269 de 2017, que actualiza integralmente el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC, no tiene por objeto definir expresamente los servicios y tecnologías que hacen parte del Plan de Beneficios, pues ello sería inconstitucional, tal como fue señalado por la Corte, sino aquellos que serán financiados con el mecanismo de protección colectiva del derecho, esto es, la UPC, mientras que los servicios y tecnologías que no se encuentren allí contenidos serán financiados con el mecanismo de protección individual, esto es, el sistema de recobros¹⁹, sin que pueda entenderse que los servicios y tecnologías que no se encuentran financiados con el mecanismo de protección colectiva – UPC – no hacen parte del Plan de Beneficios, en tanto ello sólo puede predicarse de las tecnologías expresamente excluidas, de conformidad con lo previsto en el citado artículo 15, la Resolución No. 5267 de 2017 y lo establecido por la Corte Constitucional en la sentencia C–313 de 2014.

En la parte considerativa de la citada Resolución se señaló que:

"(...) en consonancia con los mandatos de la ley estatutaria en salud, las leyes que regulan el Sistema General de Seguridad Social en

¹⁷ Auto proferido en seguimiento al cumplimiento de las órdenes 17 y 18 de la sentencia T–760 de 2008, sobre actualización integral y periódica del POS.

¹⁸ Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento de la Sentencia T–760 de 2008, Auto 410 de 2016.

¹⁹ El recobro se realiza ante la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – Adres, en el Régimen contributivo, y ante la entidad territorial respectiva, en el Régimen Subsidiado. Ver resoluciones No. 5395 de 2013 y 1885 de 2018.

Salud (SGSSS), han previsto un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud a través de un esquema de aseguramiento mediante la definición de un Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías en salud se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen la provisión de servicios y tecnologías en salud de manera individual, salvo que se defina su exclusión de ser financiados con recursos públicos asignados a la salud. (Resaltado por fuera del texto original).

Mediante Resolución No. 3951 de 2016²⁰ el Ministerio de Salud y Protección Social estableció el procedimiento de acceso, reporte de prescripción, suministro, verificación, control, pago y análisis de la información de servicios y tecnologías en salud no cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud con cargo a la UPC. En este acto se dispuso que la prescripción de los servicios y tecnologías antes mencionados, así como de los servicios y tecnologías complementarias²¹ se realizaría a través de un aplicativo de diligenciamiento en línea –Mipres²²– para el régimen contributivo; mientras que para el régimen subsidiado, continuaría rigiendo la Resolución No. 5395 de 2013, según la cual la prescripción de servicios y tecnologías no incluidos en el Plan de Beneficios estarían sujetos a la aprobación del Comité Técnico Científico.

Además, mediante Resolución No. 2438 de 2018²³, el Ministerio estableció que la prescripción de las tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC o servicios complementarios en el Régimen Subsidiado se realizaría a través del aplicativo Mipres²⁴, y otorgó plazo hasta el 1º de enero de 2019 para que las entidades territoriales responsables de la garantía del suministro de estos servicios y tecnologías se activaran en dicha plataforma. El plazo fue ampliado al 1º de abril de 2019 mediante Resolución No. 5871 de 2018, que señaló que mientras la entidad territorial realizaba el proceso de activación respectivo, la prescripción de tecnologías en salud no financiadas con recursos de la UPC y servicios complementarios, deberían continuar con el trámite de aprobación ante el Comité Técnico Científico, en los términos de la Resolución No. 5395 de 2013.

²⁰ Modificada mediante resoluciones Nos. 5884 de 2016, 532 de 2017, 1885 de 2018 y 1343 de 2019.

²¹ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución 3951 de 2016, artículo 3.8: "Servicios o tecnologías complementarias: Corresponde a un servicio que si bien no pertenece al ámbito de la salud, su uso incide en el goce efectivo del derecho a la salud, a promover su mejoramiento o a prevenir la enfermedad".

²² Plataforma tecnológica *Mi Prescripción*.

²³ Modificada mediante Resolución No. 1343 de 2019.

²⁴ Ministerio de Salud y Protección Social, Resolución No. 2438 de 2018, artículo 1.

3.3. Integralidad de los servicios en salud bajo los parámetros de la Ley 1751 de 2015. Casos en los que procede ordenar el tratamiento integral vía judicial.

Ahora bien, de conformidad con el artículo 8º de la Ley Estatutaria en Salud –Ley 1751 de 2015–, los servicios y tecnologías en salud deberán ser suministrados de manera **completa** para prevenir, palear o curar la enfermedad, independientemente del mecanismo de provisión o financiamiento definido por el legislador. Así mismo, este artículo establece que ante la duda sobre el alcance de un servicio en salud cubierto por el Estado, se entenderá que aquel comprende todos los elementos necesarios para superar la necesidad específica **en salud** evidenciada por el médico tratante.

Sobre el particular, la Corte en sentencia C–313 de 2014 consideró que la inclusión del principio de integralidad al ordenamiento estatutario implica que: (i) se debe otorgar una protección completa a los afiliados en relación con todo aquello que sea necesario para mantener su calidad de vida, y (ii) las personas afiliadas al SGSSS tienen derecho a recibir, como un todo, los servicios de promoción, fomento, prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad.

De esta manera, la Corte ha entendido que en virtud del principio de integralidad, el servicio de salud prestado por las entidades del Sistema debe contener **todos los componentes** que el médico tratante establezca como **necesarios** para el pleno restablecimiento del **estado de salud** o la mitigación de las dolencias del paciente²⁵, sin que sea posible fraccionarlos, separarlos o elegir cuál de ellos aprueba en razón del interés económico que representan²⁶. En este sentido, ha afirmado que la orden del tratamiento integral por parte del juez constitucional tiene la finalidad de garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud y evitar la interposición de acciones de tutela por cada servicio prescrito por el médico tratante del accionante²⁷.

No obstante, la Corte ha señalado que la solicitud de tratamiento integral no puede tener como sustento afirmaciones abstractas o inciertas, sino que deben confluir unos supuestos para efectos de verificar la vulneración alegada, a saber:

- Que la EPS haya actuado con negligencia en la prestación del servicio, como ocurre, por ejemplo, cuando demora de manera

²⁵ Sentencia T–464 de 2018.

²⁶ Sentencia T–081 de 2019.

²⁷ Sentencia T–259 de 2019.

injustificada el suministro de medicamentos, la programación de procedimientos o la realización de tratamientos; y

- Que existan las órdenes correspondientes, emitidas por el médico tratante, en que se especifiquen las prestaciones o servicios que requiere el paciente²⁸.

4. Obligaciones de los padres respecto de la garantía de los derechos de sus hijos menores de edad.

Deber de corresponsabilidad de los padres en la garantía de derechos de sus hijos menores de edad.

De conformidad con el artículo 44 de la Constitución Política²⁹, los niños gozan de una **especial protección constitucional** que requiere de una actuación articulada entre el Estado, la familia y la sociedad para lograr la efectividad de sus derechos, y estos han de prevalecer frente a los derechos de los demás.

Esta disposición trae además un catálogo enunciativo de derechos y garantías, que tiene como sustento la especial situación de vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes que, por su edad y grado de madurez, física y emocional, se encuentran en desventaja frente al resto del conglomerado social. Dicha protección especial, impone como consecuencia lógica una serie de obligaciones a los involucrados, quienes, si bien deben trabajar de forma conjunta en la consecución de este mandato, atienden a diferentes niveles de responsabilidad dependiendo de si se trata de la familia, el Estado o la sociedad.

De esta manera, por ejemplo, la garantía de acceso a las prestaciones del SGSSS estará en cabeza del Estado, que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio público (ver *supra*, numeral 0), mientras que la custodia y el cuidado personal corresponderán en primer nivel al grupo familiar, o la protección frente a diferentes formas de explotación, además de involucrar a la familia, constituye un llamado importante para la sociedad.

²⁸ Sentencia T-081 de 2019, ya citada.

²⁹ Constitución Política de Colombia, artículo 44: **"Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás".** (resaltado por fuera del texto original).

Ahora bien, además de su previsión en el texto constitucional, estas obligaciones han sido objeto de desarrollo por el ordenamiento legal y la jurisprudencia constitucional, con base en la condición de sujetos de especial protección que el ordenamiento constitucional otorgó a los menores de edad. En este sentido, la Ley 1098 de 2006 –Código de la Infancia y la Adolescencia– reiteró la especial jerarquía de los derechos de los menores en el ordenamiento, y definió el interés superior como el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos los derechos humanos del menor de edad³⁰.

A su vez, dicho estatuto legal definió el *principio de corresponsabilidad*, referente a la concurrencia de esfuerzos entre la familia, el Estado y la sociedad, y sobre el cual la Corte Constitucional ha señalado que “*En virtud de este principio, todos y cada uno de los derechos que el ordenamiento constitucional consagra a favor de los niños y niñas, contienen obligaciones a cargo del Estado y de la familia, los padres, o aquellos que tienen su custodia*”. Y también ha dicho que si bien existe una obligación genérica en cabeza de la familia y el Estado de asistir a los menores para garantizar el ejercicio pleno de sus derechos, la intervención del Estado en el núcleo familiar es **marginal y subsidiaria**, y en esta medida, **la primera obligada frente a la satisfacción de los derechos de los niños es la familia**, como núcleo esencial de la sociedad³¹.

Particularmente, sobre la obligación de los padres en la garantía de los derechos de sus hijos, el Código de la Infancia y la Adolescencia previó el concepto de *responsabilidad parental*, como una ampliación de los deberes de la patria potestad³², que consiste en la obligación inherente a la orientación, **cuidado**, acompañamiento y crianza de los niños, niñas y adolescentes en su proceso de formación, que además propende a que estos puedan lograr el máximo nivel de satisfacción de sus derechos³³.

La Corte ha reconocido que, en virtud del principio de *corresponsabilidad*, a los padres les es exigible asumir ciertas cargas mínimas para lograr la efectividad de los derechos de estos últimos, como por ejemplo, matricular a sus hijos en una institución educativa para garantizar su derecho a la educación³⁴, o su afiliación al SGSSS para que estos accedan a las prestaciones en salud³⁵.

³⁰ Ley 1098 de 2006, artículo 8.

³¹ Sentencia T-364 de 2019.

³² Sentencia C-727 de 2015.

³³ Ley 1098 de 2006, artículo 14.

³⁴ Sentencia T-364 de 2019.

³⁵ Sentencia T-089 de 2018.

De lo anterior, se tiene que los primeros obligados a asumir las cargas mínimas requeridas para garantizar la efectividad de los derechos de los niños, niñas y adolescentes son sus progenitores, quienes en virtud de los principios de *solidaridad, corresponsabilidad y de responsabilidad parental*, deben asumir, al margen de la intervención estatal, las cargas soportables que acarree el acceso a los servicios y prestaciones que aquellos requieran para la efectividad de sus derechos, a no ser, de que en virtud del principio constitucional de solidaridad, el Estado deba entrar a suplir las necesidades de aquellos que no pueden valerse por sí mismos, en el marco de la doctrina de las cargas soportables y la afectación al mínimo vital.

PROBLEMA JURÍDICO

Procede el Despacho analizar si la EPS Famisanar, vulnera los derechos fundamentales a la vida digna, la integridad física y a la salud de *NICOLAS TIBOCHA RAMÍREZ*, por cuanto la entidad le ha negado el tratamiento de Ortodoncia, siendo necesario para darle una calidad de vida digna.

Bajo las anteriores premisas procede el Despacho al caso objeto de estudio.

CASO OBJETO DE ESTUDIO

Para el caso concreto, se estaría frente a la presunta vulneración a los derechos a la vida digna, la integridad física y a la salud de *NICOLAS TIBOCHA RAMÍREZ*, quien de acuerdo a lo esbozado por la accionante y los documentos allegados acredita tener 08 años de edad y según la historia clínica presenta un diagnóstico de Cardiopatía compleja y otros. Según el dicho de la accionante, asistió su hijo a consulta con el ortodoncista a la IPS Colsubsidio, donde inició un proceso de Ortodoncia, porque el daño de sus dientes es consecuencia de los tratamientos que le han aplicado a *NICOLAS* y también para brindarle la posibilidad de que tenga una linda sonrisa, pero dicho tratamiento no está cubierto por el POS y según la EPS, debe ser realizada por odontología particular, por ser de orden estético.

Ahora bien, la entidad promotora de salud accionada, sostiene que el servicio que pide la accionante es un procedimiento estético, que el tratamiento de ortodoncia no se encuentra autorizado, en la Resolución 2481 de 2020 indica que es un procedimiento estético como el aquí pretendido *"...plástica estética, cosmética o de embellecimiento: procedimiento quirúrgico que se realiza con el fin de mejorar o modificar la apariencia o el aspecto del paciente. sin efectos funcionales u orgánicos..."*, es decir, el procedimiento de ortodoncia se usa para dar un mejor

aspecto a las piezas dentales, para darle un mejor aspecto a la posición de la dentadura y mordida; que no tiene cobertura como servicio con cargo a la UPC, Resolución 2481 de 2020 insumos que no corresponden al ámbito de la salud, artículo 127, por medio de la cual se adopta el listado de servicios y tecnologías excluidas de la financiación con recursos públicos asignados a la salud en virtud del literal "a" del artículo 15 de la Ley 1751 de 2015 en adopción de los lineamientos impartidos por el artículo 154 de la ley 1450 de 2011, no se puede financiar con los recursos públicos asignados al Sistema de Salud.

De lo antes expuesto, este Despacho indica que lo primero que se debe señalar antes de entrar a resolver el caso concreto es que los derechos a la salud, a la vida y a la integridad física deben ser protegidos no solo cuando el paciente está en peligro de muerte sino para permitirle mantener una vida digna, lo que quiere decir que las EPS deben prestar los servicios y procedimientos que los pacientes requieran para vivir con dignidad. En el caso de tratamientos odontológicos, así como en los de cirugías estéticas o cosméticas, *"habrá eventos en los que el tratamiento haya sido ordenado por los especialistas, no por razones de belleza o presentación externa, sino con el objetivo primario de curar una dolencia, aunque secundariamente pueda repercutir en la mejora de los aludidos aspectos corporales"*³⁶, razón por la cual no puede ser negada su prestación por el solo hecho de que tendrá efectos cosméticos.

Ahora bien, encuentra este estrado judicial que el tratamiento solicitado por la accionante para su hijo NICOLÁS, tiene el objetivo principal de brindarle la posibilidad de tener una linda sonrisa y darle calidad de vida digna por los muchos tratamientos a que ha tenido el menor a causa de sus patologías. Y le corresponde a este juzgado establecer si el servicio solicitado reúne los requisitos definidos por la Corte Constitucional, para que sea autorizado, pese a estar excluido del Plan Obligatorio de Salud. En lo referente a si el tratamiento de ortodoncia es de carácter estético o no, la Corte Constitucional ha señalado en su jurisprudencia que debe establecerse tanto por la entidad prestadora de salud como por el juez de tutela, si el fin del tratamiento recomendado es por razones de belleza o por sanar una dolencia.

Respecto a lo ante mencionado, Observa este Despacho que en la historia clínica de ortodoncia expedida por la IPS Colsubsidio el 11 de marzo de 2021, el señor Iván Buitrago Asiste con el menor NICOLÁS TIBOCHA RAMIREZ, motivo de la consulta: va para cita de estudio de ortodoncia para el menor; Adicional a lo anterior, en respuesta a este

³⁶ T 119 de 2000

Juzgado, la IPS Colsubsidio manifestó: el paciente fue atendido en la Clínica Infantil Colsubsidio por ortodoncista el 4 de febrero de 2021 para valoración inicial, donde se requiere tratamiento de ortodoncia no cubierto por el PBS; el 4 de marzo se realizó segunda atención para toma de impresiones diagnósticas y estudio cefalométrico; por tercera vez fue atendido el 11 de marzo, se completa HC, se da charla de recomendaciones, se explica diagnóstico, pronóstico y plan de tratamiento; su maloclusión dental no está relacionada con su patología cardíaca y su realización o no del tratamiento planteado por ortodoncia, no representa riesgo para continuidad de la vida del menor.

Sobre el segundo requisito, referido a que el servicio no pueda ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el Plan Obligatorio de Salud, encuentra el despacho que, en respuesta dada por la EPS Famisanar, nada indicó al respecto.

Ahora bien, respecto al tercer requisito, que indica que la accionante, directamente no pueda costearlo, ni acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie, encuentra el juzgado, que la accionante afirma en su escrito de tutela que no está en capacidad de costear por su cuenta el tratamiento requerido; pero para este punto no existen suficientes elementos probatorios en la acción de tutela, que le permitan a este Despacho tomar una decisión de fondo, en la medida que era a la parte actora la que le correspondía asumir la carga de demostrar el perjuicio irremediable y la afectación de los derechos fundamentales invocados de su hijo, ocasionado con la no autorización para el tratamiento de ortodoncia. Es importante aclarar que no es suficiente con que se alegue un supuesto de hecho del cual se pretenda derivar una consecuencia jurídica, sino que dicho supuesto debe estar suficientemente demostrado. Lo que desvirtúa lo manifestado en esta acción constitucional por la parte actora.

Si bien es cierto la EPS Famisanar, tiene la obligación de garantizar la prestación del servicio acorde a los principios de cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia que rigen la materia de seguridad social en salud, también lo es que en el expediente no obra sustento de que no le está cumpliendo con la autorización y suministro de los procedimientos requeridos por el hijo de la accionante y que respalde lo peticionado por CLAUDIA PATRICIA RAMIREZ JIMÉNEZ, en esta acción y mal haría este Despacho en enrostrar culpa a la entidad promotora de salud o a la IPS, porque no se le ha prestado el servicio de salud a NICOLAS TIBOCHA, cuando la realidad es otra, pues el paciente se encuentra recibiendo el tratamiento de Ortodoncia en la IPS Colsubsidio, de manera particular y es la misma IPS, en su respuesta a

este juzgado, quien informa que el menor ha asistido en tres ocasiones a dicha institución.

El Despacho considera que en el presente caso no se cumplen los presupuestos decantados por la jurisprudencia constitucional para acceder al tratamiento de Ortodoncia solicitado en la demanda de tutela, toda vez que la controversia planteada gira únicamente en torno al suministro del tratamiento; que como se dijo, la EPS Famisanar no se encuentra legalmente obligada a suministrarlo. En este sentido, no obran en el expediente órdenes médicas a nombre del menor NICOLAS que se encuentren pendientes por cumplir o algún procedimiento de salud cuya programación o realización aún no se haya realizado a pesar de la prescripción del médico tratante. Por tal razón, no puede afirmarse que la EPS haya actuado con negligencia, en ningún sentido, respecto de la prestación del servicio de salud que le corresponde garantizar al menor.

De conformidad con lo anteriormente expuesto, se tiene que el suministro del tratamiento de Ortodoncia solicitado por la accionante, en representación de su hijo, corresponde a prestaciones ajenas al ámbito del derecho a la salud, en tanto que su finalidad principal es un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas, y por tanto, no garantizan el goce efectivo del derecho, entonces, no es procedente ordenar su suministro con cargo a los recursos del SGSSS; el suministro del tratamiento de ortodoncia en este caso, es una carga soportable que se deriva de la atención en salud y debe ser financiada por la usuaria en virtud del principio constitucional de solidaridad; tratándose de menores de edad, a quien corresponde asumir dicha erogación es a su núcleo familiar, y más concretamente, a sus padres, en virtud del criterio de corresponsabilidad y de la responsabilidad parental. En este caso, la accionante, junto con el padre del menor y de ser necesario, los demás miembros del núcleo familiar, están llamados a hacer el esfuerzo mínimo para sufragar el tratamiento que requiere el menor NICOLÁS TIBOCHA.

Con fundamento en lo expuesto, **NO SE TUTELARÁN**, los derechos invocados por CLAUDIA PATRICIA RAMIREZ JIMÉNEZ quien actúa como agente oficiosa de su hijo NICOLÁS TIBOCHA RAMIREZ, al establecerse que a la fecha no se le han vulnerado derechos fundamentales, debido a que las entidades accionadas en ningún momento han negado servicios de salud al paciente, tan es así, que en el expediente no obra prueba de ello. Por ende, revisadas las pretensiones las mismas no estarían llamadas a prosperar.

Tutela No. 2021-086

Accionante: Claudia Patricia Ramírez Jiménez agente oficiosa de su hijo Nicolás Tibocho Ramírez

Accionada: Famisanar EPS

Decisión: Niega tutela

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO SETENTA Y CUATRO (74) PENAL MUNICIPAL CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

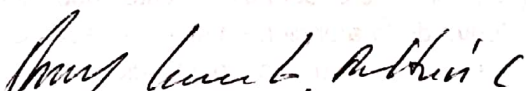
RESUELVE:

PRIMERO: NO TUTELAR, los derechos invocados por CLAUDIA PATRICIA RAMIREZ JIMÉNEZ quien actúa como agente oficiosa de su hijo NICOLÁS TIBOCHA RAMIREZ, al establecerse que a la fecha no le han vulnerado derechos fundamentales, debido a que las entidades accionadas en ningún momento han negado servicios de salud al paciente.

SEGUNDO: INFORMAR a la accionante y accionados que la presente decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación.

TERCERO: ORDENAR que, de no ser impugnada esta decisión se remita la actuación original a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


OMAR LEONARDO BELTRÁN CASTILLO

JUEZ