



JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTÁ

Bogotá D. C., veinticinco (25) de marzo de dos mil veintiuno (2021).

REF: ACCIÓN DE TUTELA No. 11001 4003 005-2021-00196-00

CÓDIGO DE TRÁMITE ASIGNADO N° 271981

**ACCIONANTE: DIANA DEL CARMEN GOMEZ TORRADO en
representación del menor MJRF**

**ACCIONADA: SANITAS EPS, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD Y
SISBEN.**

Procede el Despacho a resolver la acción de tutela de la referencia, una vez realizado en legal forma el trámite correspondiente.

ANTECEDENTES:

1. HECHOS:

La señora Diana del Carmen Gómez Torrado, interpone acciona de tutela en representación de su nieto, Mathias José Rodríguez Flórez, para que le sean protegidos sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida.

Indica que es la madre de Keyla Ysabel Flores Muñoz, identificada con cedula de extranjería No. V-25.434.959, y *“quien se encuentra domiciliada en el país de Perú”*.

Agrega que, Keyla Ysabel Flores Muñoz, es la madre del menor **MJRF**, quien dejó la custodia y cuidado del niño a la actora.

Destaca que, el menor **MJRF**, con nacionalidad venezolana *“hace tres años le salió una bola en el cuello, la cual no ha podido ser revisada y evaluada por un médico”* ya que a la promotora le *“ha sido imposible afiliarlo a una EPS en el régimen subsidiado”*.

Finalmente, señala que realizó *“los trámites para poder afiliar al menor a la ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS S.A.S”*, sin embargo, indica la promotora, le fue negada tal solicitud, vulnerando así el derecho al acceso al sistema general de seguridad social en salud.

2. LA PETICIÓN

Con apoyo en lo expuesto, solicita se amparen los derechos fundamentales a la salud en conexidad con el derecho a la vida del menor y, en consecuencia, se ordene a la EPS Sanitas *“y/o quien corresponda, que suministre la atención de manera inmediata al menor ya que durante su corta vida no ha podido ser atendido por ningún especialista, debido a la condición que se ha presentado en el País de origen de MATHIAS.”*

3. SINTESIS PROCESAL

Por auto de 11 de marzo de 2021, se admitió la acción y se ordenó notificar a la accionada. Igualmente, se dispuso vincular a JUGOS TROPICALES S.A.S, HOGAR COMUNITARIO H.C.B RAYITO DE SOL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, MINISTERIO DE SALUD, y ADRES y se les otorgó un plazo de dos (2) días para que brindaran una respuesta al amparo.

SANITAS EPS.

Dio contestación a la acción constitucional, oponiéndose y solicitando se niegue por no haber vulnerado derecho fundamental alguno al menor. Afirma que, en efecto *“el menor MATHIAS JOSÉ RODRÍGUEZ no se encuentra inscrito con la EPS Sanitas al sistema de salud”*. En ese sentido destacó que *“para la afiliación del niño se requiere de un documento de identidad valido en el país, ya sea el permiso especial de permanencia, dado por el Ministerio de Relaciones Exteriores a través de Migración Colombia, o en su defecto con el pasaporte del niño”*. Que *“Los documentos que allegan la señora Diana al plenario no son los establecidos por la ley para acreditar que ella tiene la custodia y patria potestad del niño”*.

Agregó que, de conformidad con el Artículo 2.1.3.6 del Decreto 780 de 2016, los nietos no son beneficiarios del cotizante. Que *“el área de afiliaciones confirmó que el paciente sí puede hacer parte del núcleo familiar de la señora Diana, sin necesidad de tener la custodia y/o patria potestad, a través de la figura de UPC Adicional”*, situación por la cual la promotora deberá cancelar la suma de \$92.400 costo que *“puede asumir la accionante teniendo en cuenta que la señora Diana devenga por concepto de salario el monto de \$ 908.526”*.

Solicita se deniegue el amparo constitucional en razón a que la accionante no ha realizado los tramites pertinentes para la inclusión como UPC adicional del menor al sistema de seguridad social en salud.

ADRES

Argumentó que teniendo en cuenta que la presente acción constitucional no es responsabilidad del agravio que alude la actora, se hace necesario solicitar se declare la improcedencia y la falta de legitimación en la causa por pasiva para con dicha entidad.

En igual sentido, puntualizó que respecto a la afiliación al sistema de seguridad social en salud para las personas con nacionalidad venezolana el gobierno expidió el Decreto 1288 de 2018, mediante el cual se regula lo referente a la prestación del servicio a la salud así como la afiliación de los migrantes al régimen subsidiario y/o contributivo.

Al punto señala que: *“La afiliación al Sistema General de Seguridad Social en Salud, tanto al régimen contributivo como al subsidiado, previo cumplimiento de las condiciones establecidas en el Decreto 780 de 2016, en la parte 1, libro 2, o la norma que lo modifique, adicione o sustituya, así como al Sistema de Riesgos Laborales en los términos de la parte 2, del título 2, capítulo 4, del Decreto 1072 de 2015”, a más de proveer la atención al servicio de urgencias conforme lo previsto en los artículos 43, 44 y 45 de la Ley 715 de 2001, en concordancia con el artículo 236 de la Ley 1955 de 2019.*

Finalmente solicita *“IMPONER la carga a la accionante de legalizar su permanencia en Colombia, y realizar la afiliación formal al Sistema General de Seguridad Social en Salud, dentro de un término prudencial pero determinado teniendo en cuenta la coyuntura sanitaria por motivos del COVID-19”.*

SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD

Indicó que la promotora deberá primeramente regularizar la situación migratoria del menor con el fin de dar inicio a la solicitud de trámite de afiliación ante la EPS accionada; así mismo, señala que la EPS deberá suministrar la atención de urgencias que requiera el menor como población vulnerable.

MINISTERIO DE SALUD

Alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva, como quiera que dentro de sus funciones no se encuentra garantizar la prestación del servicio de salud al menor.

DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN- SISBEN

Dio contestación señalando que *“Consultado en la base nacional certificada y avalada por el DNP disponible en la página de esta entidad (www.sisben.gov.co), el documento de identificación asociado en el escrito de la tutela respecto del tipo y número de identificación allegado en el escrito de la tutela por MATHIAS JOSE RODRIGUEZ FLOREZ no puede realizarse, dado que previamente al registro en el Sisbén debe tramitar su correspondiente: Cédula de Extranjería, Salvoconducto o Permiso Especial de Permanencia (acompañado obligatoriamente del pasaporte o el documento nacional de identidad, únicamente para ciudadanos venezolanos) para que pueda ser registrado en alguno de dichos documentos en el Sisbén.*

En este sentido, no es posible afiliar menores de edad sin su grupo familiar, debido a que la medición de ingresos y demás se hace a la cabeza del hogar”.

Expone que la promotora deberá presentar el pasaporte, Documental Nacional de identidad o el Permiso especial de Permanencia con el fin de dar

inicio al proceso de calificación del puntaje y su clasificación correspondiente.

HOGAR COMUNITARIO H.C.B RAYITO DE SOL

Guardó silencio.

CONSIDERACIONES:

1.- LA ACCION DE TUTELA:

El artículo 86 de la Constitución Política de 1991 estableció que toda persona tiene acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública, o contra particular frente al cual se encuentre en condiciones de subordinación. Esta acción sólo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

La acción de tutela en consecuencia, es viable cuando quiera que un derecho fundamental constitucional se encuentre bajo amenaza o vulneración, situación que deberá ser demostrada o probada, por quien reclama su protección.

1.2 Derecho a la Salud.

La Ley 1751 del 16 de febrero de 2015 (Ley Estatutaria de Salud) en su art. 2 establece el derecho a la salud como fundamental y que comprende –entre otros elementos– el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad, con el fin de alcanzar su preservación, mejoramiento y promoción.

Ahora, de acuerdo con el artículo 11 de la ley en cita, ***“La atención de niños, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, personas que sufren de enfermedades huérfanas y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica. Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención (...).”***

Bajo ese cariz, en tratándose de **niños, niñas y adolescentes**, el derecho a la salud cobra mayor relevancia, toda vez que se trata de sujetos de especial protección. Por esta razón, *“a partir de lo dispuesto en el artículo 44 de la Constitución Política, la jurisprudencia constitucional ha establecido que, como respuesta a su naturaleza prevalente, en lo que atañe al examen de los requisitos para el otorgamiento de prestaciones en salud, la Corte ha*

concluido que su análisis debe **realizarse de forma flexible**, en aras de garantizar el ejercicio pleno de sus derechos.”¹

1.3 Derecho a la salud de los niños y niñas venezolanas

Sobre el tópico en comento, la Corte Constitucional en sentencia T 576 de 2019, indicó que:

De manera general, los artículos 48 y 49 ^[79] de la Constitución Política ontemplan que la seguridad social y la salud son un servicio público a cargo del Estado, y que se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Igualmente, el artículo 44 superior establece que la salud y la seguridad social son derechos fundamentales de los niños, disponiendo su máxima protección en otros ámbitos, como el social y familiar.

(...) En lo que toca al derecho de los niños a la salud, de esta última regulación se destaca el literal f) del artículo 6, según el cual “el Estado debe implementar medidas concretas y específicas para garantizar la atención integral de niñas, niños y adolescentes”; además de establecer que se trata de sujetos de especial protección por parte del Estado, y respecto de quienes la atención en salud “no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica” .

Prerrogativas igualmente aplicables a los migrantes venezolanos, especialmente a los niños, niñas y adolescentes provenientes de ese país, en razón a lo establecido por la Constitución Política colombiana a través de sus artículos 44, 48, 49 y 100, en concordancia con las normas descritas en el acápite anterior.

*(...) La Corte Constitucional ha entendido la necesidad de atención en salud que tiene la población migrante venezolana, ante lo cual **el acceso a los servicios de urgencia constituye una garantía mínima fundamental**. No obstante, cuando se trata de acceder al SGSSS, para lo cual son requeridos documentos de identificación específicos, **ha avalado que se continúe con la prestación del servicio hasta tanto el interesado regularice su situación migratoria ante las autoridades colombianas y expida el documento oficial que le permita afiliarse al SGSSS, momento a partir del cual sería este el encargado de cubrir los servicios de salud a través del régimen que corresponda.***

*En tal sentido, **subsiste un derecho-deber en cabeza de la población migrante: (i) el derecho a la garantía de atención en salud a través de servicios de urgencia y (ii) el deber de regularizar la situación migratoria como requisito para acceder a la gama de servicios propios del Sistema General de Seguridad Social en Salud colombiano.***

Se trata de obligaciones correlativas en donde ninguna prevalece sobre la otra, y tampoco son excluyentes entre sí. De este modo, el Estado colombiano tiene el deber de garantizar el derecho a la salud de las personas extranjeras a través de la atención por urgencias; y estos, a su vez, tienen el deber de acudir a las autoridades migratorias de Colombia para regularizar su estatus en el país”. (se destaca)

¹ Sentencia T 121 de 2015

2. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho resolver la siguiente pregunta: ¿Vulneró la EPS accionada los derechos fundamentales a la seguridad social, salud en conexidad con el derecho la vida del menor **MJRF**, al negarle la afiliación a la EPS como beneficiario de su abuela, por no hacer parte de su núcleo familiar?

3. CASO CONCRETO.

En el caso objeto de estudio, tenemos que la EPS Sanitas le negó a la actora la afiliación de su nieto como beneficiario de su núcleo familiar, razón por la cual interpuso la presente acción de tutela.

Se encuentra acreditado que la señora Diana del Carmen Gómez Torrado, pertenece **al régimen contributivo del sistema de salud**. Y no se probó que la promotora tenga legalmente la custodia del menor. Con ese propósito no se allegó prueba alguna.

Bajo ese cariz, no puede afirmarse válidamente que la EPS accionada vulnere los derechos fundamentales a la seguridad social y salud del menor, por negarse a incluirlo como beneficiario de su abuela dentro del Plan Obligatorio de Salud del régimen contributivo, pues de acuerdo con la normatividad que rige la materia (artículo 2.1.3.6 Decreto 780 de 2016), aquel está excluido de la cobertura familiar de la actora.

Ahora, es verdad que se trata de un sujeto de especial protección constitucional, por lo que la exclusión del menor como beneficiario de la actora dentro del régimen contributivo, **no quiere decir que quede excluido del sistema de seguridad social**. No. El menor puede acceder al régimen subsidiado. Sin embargo, para ello su representante debe obtener los documentos que lo identifiquen y que acreditan su permanencia de **manera regular** en el territorio nacional, lo cual en el presente trámite no se acreditó.

En efecto, a través del Decreto 1288 de 2018, *“por medio del cual se adoptan medidas para garantizar el acceso de las personas inscritas en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos a la oferta institucional y se dictan otras medidas sobre el retorno de colombianos”*, el Gobierno Nacional modificó los requisitos y plazos para obtener el PEP para garantizar el ingreso de las personas inscritas en el RAMV a la oferta institucional, *“como un documento de identificación válido para los nacionales venezolanos en territorio colombiano que les permite permanecer temporalmente en condiciones de regularización migratoria y acceder a la oferta institucional en materia de salud, educación, trabajo y atención de niños, niñas y adolescentes en los niveles nacional, departamental y municipal. Dicho Decreto fue reglamentada por la Resolución 6370 de 2018”*. (Sentencia T 452 de 2019)

De esa manera, el Decreto 1288 de 2018 “es una medida que ha emitido el Gobierno Nacional con el fin de regular la situación de los migrantes que están de forma ilegal en el país. Con ello, se pretende que los ciudadanos venezolanos al registrarse puedan acceder a los servicios de salud a través de la afiliación a la seguridad social para recibir una atención integral en salud. Cabe aclarar, que la inscripción en el Registro Administrativo de Migrantes Venezolanos -RAMV - es de carácter gratuito y solo se necesita documento que certifique la nacionalidad. **Quien no gestione la regularización, no podrá acceder al servicio integral de salud**, pero sí tendrá el derecho a ser atendido en la unidad de **urgencias** de las entidades prestadoras de salud”. (sentencia citada)

Ahora, la Corte Constitucional, en diversas sentencias ha sostenido que “los extranjeros que se encuentren en Colombia, **tienen derecho a recibir una atención básica por parte del Estado en casos de extrema necesidad y urgencia**, en aras a atender sus requerimientos más elementales. Lo que implica necesariamente, **que sin importar si los extranjeros tienen o no los documentos que acreditan su permanencia de manera regular en el territorio nacional, las entidades prestadoras de salud, están en la obligación de atender todo caso de urgencias, procurando prestar el servicio en condiciones dignas y de calidad**. Sin embargo, ello no los exime de la carga de regular y legalizar su permanencia en el país, ya que “si un extranjero se encuentra con permanencia irregular en el territorio colombiano, tiene la obligación de regularizar su situación migratoria para obtener un documento de identificación válido y así iniciar el proceso de afiliación”, al sistema general de salud”. (se destaca; sentencia T-452 de 2019)

En el caso que se analiza, con base en las fotografías del menor aportadas, de acuerdo con las reglas de la lógica y la experiencia, advierte el despacho que la dolencia que aqueja al niño no es de poca monta, pues se observa una **protuberancia importante en su cuello**, por lo que la misma puede ser catalogada como una urgencia.

En ese orden, por tratarse de un sujeto de especial protección constitucional, se concederá la protección a los derechos fundamentales del niño **MJRF** a la salud, y se ordenará a la EPS Sanitas que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente decisión, a través de un especialista adscrito a su red, se valore al niño en lo que hace a esa específica dolencia (protuberancia en el cuello), por tratarse la misma como una urgencia.

DECISION:

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO QUINTO CIVIL MUNICIPAL DE BOGOTA D.C.**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la protección del derecho fundamental del niño **M JRF** a la salud, por lo expuesto en la motiva.

SEGUNDO: ORDENAR a la **EPS SANITAS** que, en un término de cuarenta y ocho (48) horas a partir de la notificación de la presente decisión, a través de un especialista adscrito a su red, valore al niño **MJRF** en lo que hace a esa específica dolencia (**protuberancia en el cuello**), por tratarse la misma como una urgencia.

TERCERO: NOTIFÍQUESE esta decisión a los extremos de la acción por el medio más idóneo o expedito posible.

CUARTO: Si la sentencia no fuere impugnada dentro de la oportunidad legal, remítase el expediente a la Honorable Corte Constitucional, para su eventual REVISIÓN. Oficiese. Déjense las constancias del caso.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Juan Carlos Fonseca Cristancho', with a long horizontal stroke extending to the right.

JUAN CARLOS FONSECA CRISTANCHO
JUEZ