

Rama Judicial del Poder Público

JUZGADO TREINTA Y NUEVE CIVIL MUNICIPAL

Bogotá, D.C., Primero (01) de Julio de dos mil veinte (2020)

11001 4003 039 2020 00284 00

Se resuelve la acción de tutela promovida por PABLO JOSÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ contra FAMISANAR EPS, en protección de sus derechos constitucionales a la salud, vida digna y la seguridad social, en donde además fueron vinculadas el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, ADRES, SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD, MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES, CAFAM AMERICAS SEDE BOGOTÁ y el DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN – DNP.

ANTECEDENTES

1. Pidió el accionante que se ordene a la entidad convocada a que realice su afiliación al régimen subsidiado y le brinden la atención, entrega de medicamentos y exámenes a que haya lugar
2. Notificada de la demanda de tutela, la accionada FAMISANAR EPS manifiesta que el accionante se encuentra en estado RETIRADO a partir del 1 de marzo de 2020 por mora en los aportes como cotizante independiente, además el accionante no cuenta con el trámite correspondiente ante el DPN para acceder al régimen subsidiado.
3. El MINISTERIO DE SALUD, señala que existe falta de legitimación en la causa por pasiva y por ende se le deben exonerar de responsabilidad alguna en la presente acción constitucional.
4. ADRES manifiesta que es inexistente la vulneración de derechos fundamentales por parte de esa entidad, pues es función de la EPS la prestación de los servicios de salud, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva.
5. El MINISTERIO DE RELACIONES EXTERIORES indicó que no es prestador directo ni indirecto de ningún tipo de servicio público social dirigido a nacionales o extranjeros que se encuentran en situación migratoria regular o irregular en el territorio nacional, ni la entidad competente para decidir sobre el pago que deba efectuarse por la prestación del servicio médico.
6. CAFAM indicó que los asuntos correspondientes a entrega de medicamentos y cambios de régimen corresponden únicamente a la EPS FAMISANAR, motivo por el cual no se ha vulnerado derecho fundamental alguno del accionante.
7. El DNP ha indicado que el accionante no cuenta con solicitud ni trámite pendiente para acceder al SISBEN, motivo por el cual existe

falta de legitimación por pasiva y en consecuencia debe denegarse la presente acción de tutela.

8. La SECRETARÍA DISTRITAL DE SALUD ha señalado que las pretensiones de la acción constitucional que se invoca, son del resorte del accionante con la EPS accionada, razón por la cual no se ha vulnerado ningún derecho fundamental del convocante.

CONSIDERACIONES

1. De entrada advierte el Despacho que según la documental aportada al expediente, el paciente PABLO JOSÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ fue diagnosticado con "VIH", por lo cual amerita que el juez constitucional adopte medidas extraordinarias para que tal proceder no vuelva a amenazar los bienes *iusfundamentales* del accionante.

La sentencia T-089 de 2018, ha indicado al respecto lo siguiente:

"El artículo 2.1.1.3 y el capítulo VII del Decreto 780 de 2016 establecen la distinción entre movilidad^L y traslado, tratándose entonces de dos figuras diferentes que, además de cumplir con las directrices antes mencionadas, permiten el acceso a los servicios de salud.

El traslado consiste en el derecho del cual gozan los afiliados del Sistema General de Seguridad Social en Salud, pertenecientes tanto al régimen contributivo como al subsidiado, de modificar la entidad prestadora de servicios, a la cual están afiliados, una vez cumplan el tiempo mínimo de permanencia.

Por su parte, la movilidad permite a los usuarios del sistema continuar en la misma EPS cuando por circunstancias económicas, como la pérdida de la calidad de cotizante o la adquisición de recursos para adquirirla, es obligatorio el cambio de régimen.

(...)

Ahora bien, los requisitos para que opere la movilidad consisten en:

- (i) Pertenecer a los niveles I y II del Sisbén o hacer parte de las comunidades indígenas, población desmovilizada, población rom, personas incluidas en el programa de protección de testigos o ser víctimas del conflicto armado.*
- (ii) Haber solicitado la movilidad ante la EPS.*

Tenemos entonces que la movilidad entre regímenes está dirigida a efectuar una protección mayor del derecho fundamental a la salud de los usuarios del Sistema General de Seguridad Social, pues para no comprometer la continuidad del servicio de salud de aquellos afiliados que pierden su calidad de cotizantes del régimen contributivo, pero pertenecen al nivel I y II del Sisbén o para aquellas poblaciones especiales que no cuenten con los recursos para afiliarse en el régimen contributivo, se prevé la permanencia en la misma EPS.

Lo propio puede predicarse de quienes, estando en el régimen subsidiado, adquieran los medios para convertirse en cotizantes del régimen contributivo, caso en el cual se les permite mantener la inscripción en la misma EPS modificando el tipo de régimen al cual pertenecen.

Cabe resaltar que para efectuar la movilidad entre regímenes es necesario que los afiliados manifiesten su voluntad de ejercerla para sí y para su núcleo familiar, esto es, el registro de la novedad con base en la declaración veraz de los datos informados y del cumplimiento de las condiciones para pertenecer a uno de los regímenes. El artículo 2.1.7.8 del Decreto Único Reglamentario 780 de 2016 establece lo siguiente:

"El afiliado deberá registrar la solicitud expresa de la movilidad a los integrantes de su núcleo familiar con derecho a ser inscritos, en el formulario físico o electrónico, de acuerdo con lo previsto en el presente decreto.

La novedad de movilidad del régimen contributivo al régimen subsidiado deberá ser registrada por el afiliado al día siguiente de la terminación de la vinculación laboral o de la pérdida de las condiciones para seguir cotizando como independiente y a más tardar el último día calendario del respectivo mes o al día siguiente del vencimiento del período de protección laboral o del mecanismo de protección al cesante, si los hubiere.

La novedad de movilidad del régimen subsidiado al régimen contributivo deberá ser registrada por el afiliado el día en que adquiere una vinculación laboral o las condiciones para cotizar como independiente".

En ese orden, los cotizantes, las personas cabeza de familia y sus respectivos núcleos familiares cuentan con el derecho a la prestación continua de los servicios de salud sin que resulte posible la negativa por parte de la EPS de ofrecer los servicios, tratamientos o medicamentos establecidos en el plan de beneficios al cual se movilizó o trasladó, siempre que haya cumplido con los requisitos antes mencionados.

De igual manera, las EPS, en ejecución de las figuras de traslado o movilidad, deben abstenerse de efectuar acto alguno que llegue a comprometer la continuidad, eficiencia, solidaridad y universalidad del servicio de salud.

Adicionalmente, es necesario resaltar que el decreto mencionado establece que la desafiliación, salvo que medie la voluntad del afiliado, solo se producirá por el fallecimiento del afiliado, lo que permite inferir que una EPS trasgrede el derecho fundamental a la salud de un usuario en el momento de desafiliarlo, en lugar de modificar el régimen o, en otras palabras, de movilizarlo, pues se trata de una circunstancia administrativa y económica que no debe interferir con la continuidad en la prestación de los servicios de salud.

En conclusión, la movilidad entre regímenes deberá ser efectuada por la EPS en los casos en los cuales no procede el traslado a fin de garantizar el acceso a los servicios de salud de manera ininterrumpida, sin que esto signifique que a la EPS se traslada la obligación de registrar la novedad de movilidad de manera automática.

Adicional a ello, esta Corte, mediante Sentencia SU-677 de 2017, reiteró reglas jurisprudenciales en la materia. Al respecto señala: "(i) el deber del Estado colombiano de garantizar algunos derechos fundamentales de los extranjeros con permanencia irregular en el territorio es limitado; pues deben ser tratados en condiciones de igualdad respecto de los nacionales colombianos dentro de ciertos límites de razonabilidad que permiten tratos diferenciados; (ii) todos los extranjeros tienen la obligación de cumplir la Constitución Política y las leyes establecidas para todos los residentes en Colombia; y (iii) los extranjeros con permanencia irregular en el territorio nacional tienen derecho a recibir atención básica y de urgencias con cargo al régimen subsidiado cuando carezcan de recursos económicos, en virtud de la protección de sus derechos a la vida digna y a la integridad física".

De otra parte, la sentencia T.025 de 2019 ha puntualizado que (...) "ninguna entidad prestadora de los servicios de salud puede abstenerse de prestar los servicios de urgencia en su fase inicial porque, con el fin de garantizar el derecho fundamental a la salud, es imperativo conjurar las causas de la alteración del bienestar que cualquier persona puede llegar a tener y "estabilizarla en sus signos vitales"^[57], para así disminuir el peligro de muerte al cual se puede ver abocada y se mantenga la vida en condiciones dignas.

A las Secretarías de Salud Territoriales, en acatamiento del artículo 31 de la Ley 1122 de 2007 "Por la cual se hacen algunas modificaciones en el Sistema General de Seguridad Social en Salud y se dictan otras disposiciones", no les es dable prestar servicios asistenciales, entre los que se encuentra el de urgencias, directamente, pero

sí se les impone hacer el trámite para que a través de la red para la prestación de los servicios de salud a su cargo tal servicio de urgencia inicial requerido sea prestado como el mínimo de atención al que tiene derecho cualquier persona, sin discriminación de ninguna índole y sin el lleno de ningún requisito previo. Su omisión puede hacer incurrir a las entidades prestadoras de salud en conducta vulneradora de derechos y merecedoras de las sanciones que las normas dispongan por dicha causa.^[59]

*En el caso de la atención de salud para la población no cobijada por el Sistema de Seguridad Social en Salud, que incluye a la población migrante así su situación no se haya regularizado, se ha dicho que "en algunos casos excepcionales, la 'atención de urgencias' puede llegar a incluir el tratamiento de enfermedades catastróficas como el cáncer, **cuando los mismos sean solicitados por el médico tratante como urgentes** y, por lo tanto, sean indispensables y no puedan ser retrasados razonablemente sin poner en riesgo la vida". Subrayas y negrillas fuera de texto original.*

Ahora, en Sentencia T-705 de 2017 esta Corporación advirtió que: "si bien los departamentos son los llamados a asumir los costos de los servicios de atención de urgencia que sean requeridos, en virtud del principio de subsidiariedad y de la subcuenta existente para atender algunas urgencias prestadas en el territorio colombiano a los nacionales de países fronterizos, la Nación deberá apoyar a las entidades territoriales cuando ello sea requerido para asumir los costos de los servicios de atención de urgencias prestados a extranjeros no residentes".

Entonces, ante la presencia de casos "excepcionales", para los que su tratamiento no puede dar espera, como en los de las enfermedades catastróficas, como cáncer o VIH-SIDA, la atención primaria de urgencia que incluye a toda la población colombiana no asegurada o migrante sin importar su situación de irregularidad, de acuerdo con las consideraciones vistas, debe prestarse siempre que el médico tratante determine ese estado de necesidad o urgencia, es decir se hace indispensable que, en virtud del criterio de un profesional en salud, quien es el competente para determinar el estado del paciente conforme su formación técnica, se constate y se ordene el procedimiento a seguir bajo los protocolos establecidos para la materia".

Así las cosas y advertidos los precedentes jurisprudenciales que anteceden, se advierte que en efecto el accionante ha solicitado el cambio de régimen ante la misma EPS con la que venía siendo atendido, tal como consta con el formulario de vinculación que se anexa con el escrito de tutela, es decir que el accionante está cumpliendo con el requisito contemplado en la jurisprudencia antes relievada para ser movilizado del régimen contributivo al régimen subsidiado, aunado a que se encuentra dentro de las personas con especial protección constitucional, esto es, ser diagnosticado con el virus del VIH, situación por la cual el amparo invocado por el convocante será concedido y a su turno se ordena a la entidad accionada FAMISANAR EPS realizar los trámites administrativos en aras de lograr el cambio de régimen tal como fue solicitado en su momento por el accionante PABLO JOSÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, además prestar todos los servicios de salud que necesite el accionante, así como autorizar y entregar los medicamentos a que hayan lugar y exámenes que se tornen necesarios por su calidad de sujeto de especial protección constitucional, teniendo en cuenta su diagnóstico de ser portador del virus del VIH.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Treinta y Nueve Civil Municipal de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. **TUTELAR** el derecho fundamental a la salud del señor PABLO JOSÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ.

SEGUNDO. En consecuencia, **ORDENAR** a FAMISANAR EPS, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realizar los trámites administrativos en aras de lograr el cambio de régimen tal como fue solicitado en su momento por el accionante PABLO JOSÉ GONZÁLEZ SÁNCHEZ, además prestar todos los servicios de salud que necesite el accionante, así como autorizar y entregar los medicamentos a que hayan lugar y los exámenes que se tornen necesarios por su calidad de sujeto de especial protección constitucional, teniendo en cuenta su diagnóstico de ser portador del virus del VIH.

TERCERO. En caso de no ser impugnado, remítase el expediente a la Corte Constitucional para la eventual revisión de este fallo, el que será comunicado a los interesados a la mayor brevedad, y por el medio más expedito.

Cúmplase



HERNÁN AUGUSTO BOLÍVAR SILVA
Juez

IMBM