



TRIBUNAL SUPERIOR DE MEDELLÍN
SALA PRIMERA DE DECISIÓN CIVIL

Medellín, dieciocho de octubre de dos mil veintidós

Referencia: Impugnación de tutela
Radicado: 05001 31 03 020 2022 00297 01
Parte Activa: Ronny Augusto Ríos Uribe
Parte Pasiva: Nueva EPS
Reseña: Confirma

ASUNTO

Resolver la impugnación presentada por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2022 por el Juzgado Veinte Civil del Circuito de Medellín.

ANTECEDENTES

1. Ronny Augusto Ríos Uribe pretende que se ordene al Instituto Nacional de Salud garantice su ingreso a la lista de espera de donantes de órganos riñón. Que se ordene a la Nueva EPS garantizar el tratamiento integral de su patología, como lo ha hecho hasta la fecha.

Como fundamento de su pretensión expuso:

Que es de nacionalidad venezolana y tiene la condición de refugiado, esta situación se dio en el 2019 a raíz de la crisis de desabastecimiento en su país.

Que motivó su salida el diagnóstico renal, porque tuvo trasplante de riñón en el 2013 pero fue rechazado, por lo que tiene que someterse a hemodiálisis cuatro horas diarias y ese servicio no se pudo prestar en su país debido a la crisis.

Que obtuvo la condición de refugiado el 27 de septiembre de 2021 por lo que obtuvo pasaporte y Visa Tipo M, lo que informó a la Nueva EPS y a partir de esa fecha inició la gestión para procurar nuevamente el trasplante de riñón.

Que le informaron que el Decreto 2493 del 2004 y la Ley 1805 de 2016 no podría ser incluido en la lista de espera de donante fallecido por su condición de extranjero, que solo tendría acceso al trasplante en caso de que un familiar vivo donara el órgano.

Que existe una mala comprensión por parte de las entidades demandadas en lo que al concepto de residente se refiere, porque este estatus no se alcanza solo por el hecho de tener visa de residente, que este debe asociarse a la vocación de permanencia en el país, como en su caso concreto que no puede retornar a su país de origen que: *“no podría entonces categorizarme como un Extranjero no residente, toda vez que, mi condición de refugio aunado a la grave violación de derechos humanos en el Estado Venezolano, constituyen un ánimo y vocación de permanencia más sólido que el de otro extranjero de tránsito en el país, pese a que aún no cuente con la visa de residente”*.

Que la prohibición de incluir no residentes en lista de trasplantes tiene como finalidad evitar el turismo de trasplantes, sin embargo, en su caso no se presenta este caso porque en su calidad de refugiado no puede salir del país porque la perdería.

2. Adres contestó que hay falta de legitimación en la causa por pasiva. En el mismo sentido fue la respuesta del Ministerio de Salud, porque no tiene dentro de sus funciones garantizar la prestación de servicios de salud.

Nueva EPS contestó que no se puede acceder a la pretensión de tratamiento integral, porque a la fecha no ha incurrido en ninguna demora u omisión en la prestación del servicio.

Migración Colombia contestó en el mismo sentido del Ministerio de salud en lo tocante a la legitimación en la causa por pasiva y señaló que consultada su base de datos encontró que el demandante tiene una situación migratoria regular.

3. El *a quo* declaró la improcedencia de la tutela para la protección de los derechos a la salud, igualdad, integridad personal, concedió el amparo al derecho

fundamental de petición y ordenó a la Nueva EPS dar respuesta de fondo a la petición presentada el 13 de julio de 2022. Consideró que el Decreto 2493 de 2004 que regula el trasplante de órganos se conpagina con lo dispuesto en el art. 10 de la Ley 1805 de 2016: *“Se prohíbe la prestación de servicios de trasplante de órganos y tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, salvo que el receptor sea cónyuge o compañero permanente, pariente en cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, del donante. El Ministerio de Salud podrá autorizar de manera transitoria los trasplantes a extranjeros no residentes cuando se compruebe debidamente que los tejidos disponibles son suficientes para cubrir la demanda interna. En todo caso los nacionales y los extranjeros residentes tendrán prelación”*.

4. El demandante impugnó. Afirmó que la sentencia no hizo una caracterización de lo que significa ser residente, sin limitarse simplemente a que detente la condición de tener visa tipo M. No se tuvo en cuenta la vocación de permanencia en el país, porque no puede regresar a su país de origen.

CONSIDERACIONES

Sobre la asignación de componentes anatómicos a extranjeros no residentes la Corte Constitucional en la sentencia T-1088 fijó el marco normativo, en al que hizo un recuento de la normativas que lo regulan, para hacer hincapié en la necesidad que se tuvo de “poner cortapisas” a la actividad criminal de comercio de órganos y tejidos y a lo que también se denomina turismo de órganos, ultimo actividad que consistía en que personas extrajeras venían con a Colombia con el único propósito de obtener el trasplante de órganos, incluso dándose el caso de que lo logaran por tutela, por encima de los connacionales.

En esa sentencia la Corte Constitucional señaló que lo dispuesto en art. 40 del Decreto 2493 de 2004¹, según consideraciones que hizo el Consejo de Estado, es

¹ *La prestación de servicios de trasplante de órganos o implante de tejidos a extranjeros no residentes en el territorio nacional, podrá efectuarse siempre y cuando no existan receptores nacionales o extranjeros residentes en Colombia en lista regional y nacional de espera, teniendo en cuenta los criterios únicos técnico-científicos de asignación y selección y previa suscripción de contrato de la institución con el receptor o la entidad que asumirá el costo de la atención. La Institución Prestadora de Servicio de Salud para realizar el procedimiento de trasplante o implante a un extranjero no residente en Colombia, deberá solicitar la certificación de la no existencia de receptores en lista de espera nacional a la Coordinación Regional de la Red de Donación y Trasplantes o la certificación de que habiendo lista de espera nacional, no existen las condiciones logísticas para trasladar de una región a otra el componente anatómico o el paciente. La certificación deberá emitirse de forma inmediata por parte de la Coordinación Regional*

una norma que está revestida de legalidad y que lo dicho por ese tribunal de cierre que a continuación se transcribe, lo toma como pertinente y relevante:

La inscripción de los pacientes en la Red de Donación y Trasplantes, tiene por objeto establecer el orden de prelación que habrá de tenerse en cuenta al momento de asignar los componentes anatómicos disponibles que hayan sido requeridos con fines de trasplante. Este mecanismo contribuye a resolver de manera justa y equitativa los conflictos que se originan en la concurrencia o colisión de derechos, garantizando la más absoluta imparcialidad en la atención de las solicitudes de quienes abrigan la esperanza de recuperar o restablecer su salud. En ese sentido, el turno de inscripción otorga al interesado una prelación frente a las demás personas que hayan formulado su solicitud en fecha posterior y obliga al órgano competente a evacuar las solicitudes en forma cronológica. Por consiguiente, cuando el artículo acusado prescribe que el derecho del extranjero no residente en Colombia de convertirse en receptor de un componente anatómico con fines de trasplante, está condicionado a la no existencia de nacionales o extranjeros residentes en lista nacional o regional de espera, en el fondo no está disponiendo nada distinto a que debe respetarse el derecho de quienes previamente radicaron sus solicitudes ante la Red de Donación y Trasplantes, pues entender lo contrario equivaldría a otorgar a los no residentes prerrogativas o privilegios infundados, violentando ahí sí y de manera flagrante el principio de igualdad, en detrimento de los nacionales y de los extranjeros que residen en Colombia.

No huelga señalar a propósito del tema, que la constatación de que no existen nacionales o extranjeros residentes en lista de espera, debe realizarse tomando en consideración el momento en el cual el extranjero no residente radica su solicitud, pues de conformidad con las ideas expuestas, es claro que los nacionales y extranjeros residentes en Colombia que formulen ese tipo de solicitudes con posterioridad a esa fecha, no pueden pretender que su solicitud sea satisfecha de manera prioritaria, desplazando al extranjero no residente en Colombia que se encuentre previamente inscrito.(...)²

Como se advierte de la cita precedente, no es al juez de tutela al que le compete ordenar inclusión en lista de espera a los extranjeros no residentes, sino que la autoridad competente, en este caso el Instituto Nacional de Salud, según los parámetros de las normas vigentes que se encuentran avaladas por la Corte Constitucional.

² Aunque ese pronunciamiento fue previo a la expedición de la Ley 18045 de 2016, esta norma está en sintonía con lo dispuesto en el Decreto sobre el que en su oportunidad se pronunció la Corte Constitucional y el punto algado sigue sin variación, a saber, que el trato en materia de trasplante de órganos que se da a los extranjeros no residente es diferente al de nacionales o residentes.

En consecuencia, la orden de tutela dada por el juzgado de primera instancia está acorde las consideraciones precedentes, porque es el Instituto Nacional de Salud quien debe dar respuesta al derecho de petición en los términos legales.

Finalmente, no es de recibo la controversia que presenta la parte demandante respecto a la comprensión de extranjero residente o no residente, porque en esta materia es Migración Colombia la entidad encargada de definir a través de los procedimientos establecidos la condición migratoria regular en sus diferentes modalidades. En consecuencia, el demandante en este momento cuenta con Visa tipo M -de refugiado- y aunque es una situación migratoria regular no alcanza el estatus de extranjero residente, por lo que no se puede en esta tutela dar dicho estatus al demandante, debido a que no se pueden suplantar las funciones de la entidad competente.

Aunque el demandante hace énfasis en que no se puede limitar su derecho por el simple hecho de tener visa tipo M- de refugiado-, lo cierto es que la entidad migratoria es la competente de establecer esas categorías de residente o extranjero no residente, sin que pueda el juez de tutela, variar esas condiciones.

Si bien es cierto las prohibiciones de trasplante de órganos a extranjeros se dieron en su momento por la práctica que se denominó turismo de trasplante, lo cierto es que según las afirmaciones del demandante lo que lo motiva a permanecer en Colombia es su situación de salud y el aprovechamiento del sistema de seguridad social en salud, porque como él mismo lo afirmó, se vio en la necesidad de migrar a Colombia para atender su problema renal, quedando en evidencia que lo que motiva su permanencia en Colombia es la atención en salud que acá se le puede brindar.


Se itera, la condición de residente o no residente es un asunto que compete a Migración Colombia y las afirmaciones del demandante no permiten que sea en esta tutela que se introduzca una modificación sobre el tema, porque será la entidad competente quien regularice la situación migratoria según la normatividad. Por lo anterior, se confirmará la sentencia de fecha y origen indicado.

DECISIÓN

En atención a lo expuesto, el Tribunal Superior de Medellín, en Sala Primera de Decisión Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley **FALLA: Confirmar** la sentencia de fecha y origen indicado. Envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados



Martín Agudelo Ramírez



José Omar Bohórquez Vidueñas



Sergio Raúl Cardoso González