

**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO NOVENO CIVIL MUNICIPAL DE EJECUCIÓN
DE SENTENCIAS DE CALI**

SENTENCIA DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA No. 59

Santiago de Cali, 27 de marzo de 2023

REFERENCIA: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE: KARINA FAJARDO CASTAÑO
ACCIONADO: EPS SANITAS S.A.
VINCULADO: PROFAMILIA
CLINICA VERSALLES
MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION
SOCIAL
SUPERINTENDENCIA DE SALUD
ADRES
INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR
FAMILIAR
RADICACIÓN: 009-2023-00054-00

I.- OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Proveer acerca de la acción de tutela instaurada por el señor KARINA FAJARDO CASTAÑO actuando por intermedio de apoderado judicial contra EPS SANITAS S.A. por la presunta vulneración de los derechos fundamentales a la familia, salud, vida digna, igualdad entre otros.

II.- ANTECEDENTES

La parte accionante manifiesta en los hechos lo siguiente:

“1. Mi poderdante se encuentra afiliada desde hace diez años, en calidad de cotizante, al régimen contributivo de salud, vinculada con la entidad EPS SANITAS desde hace tres años.

2. La señora Karina Fajardo Castaño tiene el objetivo de desarrollar su proyecto parental con la presencia y crianza de un hijo, constituyendo una familia monoparental.

3. La accionante requiere ser valorada y manejada (Tratamiento de reproducción asistida de alta complejidad) por especialistas en medicina reproductiva, por algunas condiciones de salud que presentó y le impiden lograr un embarazo. La señora Karina Fajardo Castaño tiene un diagnóstico de menopausia precoz² desde el año 2013 que se presenta como consecuencia de unos procesos patológicos que, desde su juventud, afectaron su sistema reproductivo. Tiene un diagnóstico desde su adolescencia de endometriosis³ que le ocasionó en el año 1992 la pérdida del ovario y la trompa uterina derecha. Lo mismo ocurrió con el ovario y la trompa izquierda que fueron retiradas en el año 2013⁴. Al perder sus ovarios se genera una menopausia precoz y se pierde su capacidad reproductiva. Esta situación es ampliamente conocida por la EPS SANITAS.

4. Mi poderdante padece una discapacidad física de tipo reproductiva como consecuencia de la pérdida de su ovario derecho en el año 1992 y la pérdida de su ovario izquierdo en 2013, que le ocasionó una

menopausia precoz que padece desde los 32 años, ante la ausencia de los ovarios.

5. En consonancia con lo manifestado por la médica Olga Umaña, especialista en ginecología y obstetricia de PROFAMILIA, la señora Karina Fajardo Castaño fue evaluada el 11/01/2023 por el médico Luis Carlos Hincapié, médico especialista en reproducción humana de la Clínica Imbanaco, quien registró en la historia clínica (...)

6. El día 25/11/2022 la señora Fajardo presentó ante la entidad accionada, la orden de servicio que le fue entregada el 19/11/2022 por la médica Olga Umaña / Especialista en Ginecología y obstetricia PROFAMILIA, atención prestada a cargo de EPS SANITAS, a la espera de la autorización del servicio.

7. En comunicación del 28/11/2022, la entidad accionada, EPS SANITAS, niega la autorización del tratamiento de Fertilización In vitro, por tratarse de un servicio excluido del plan obligatorio de salud y no financiado por los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

9. El 26/12/2022 la accionante fue valorada por el psicólogo JAIME HUMBERTO ARBOLEDA GUERRERO. El profesional emitió concepto.

10. El valor del procedimiento corresponde a la suma de \$37.719.000,00, acorde a la cotización realizada el 09/02/2023, por la Unidad de Medicina Reproductiva del Centro Médico Imbanaco, es una cifra imposible de alcanzar para mi poderdante. La señora Karina Fajardo Castaño, obtiene ingresos de su labor como psicóloga, que le representa un ingreso mensual promedio de \$ 2.798.220,00. Tiene a su cargo el sustento de sus padres. (...)

12. Mi representada cumple con los criterios definidos en la sentencia SU-74 de 2020, con base en los cuales procede conceder mediante tutela la autorización de los tratamientos para la infertilidad.

13. La accionante, como consecuencia de un proceso patológico, posee claramente una discapacidad física de tipo reproductivo, situación para la que no ha recibido por parte de su entidad la atención que requiere. 14. El concepto de discapacidad fue definido en el año de 1980 por la ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS como la “restricción o ausencia (debida a una deficiencia) de la capacidad de realizar una actividad en la forma o dentro del margen que se considera normal para un ser humano (...)

22. Al no reconocerse la discapacidad física de tipo reproductivo que padece la señora Karina Fajardo Castaño y al no brindarse una protección especial por parte del Estado, se le vulnera su derecho a la igualdad en relación con el reconocimiento que se ha hecho de otros tipos de discapacidad; de igual forma le es vulnerado dicho derecho al no otorgársele un trato preferente como merece cualquier ciudadano en situación de discapacidad”.

Por todo lo anterior solicita: “La autorización para que se dé inicio y hasta su culminación de los procesos necesarios involucrados directa e indirectamente, de forma INTEGRAL y en las oportunidades que se requiera para desarrollar los procesos de reproducción asistida tendientes a subsanar la discapacidad reproductiva que afecta a la señora Karina Fajardo Castaño, específicamente el tratamiento de fertilización in vitro con donación de gametos, procedimiento

que para su realización puede y/o debe requerir de medicamentos, ayudas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas poco invasivas, técnicas de reproducción asistida (FIV), Inyección intracitoplasmática de espermatozoides, donación de gametos, preservación y transferencia de embriones, actividades que pueden estar o no incluidas en el plan obligatorio de salud (POS), sin exigir el pago de cuotas moderadoras y/o copagos”.

III.- TRÁMITE PROCESAL

El Juzgado profirió auto interlocutorio No. 609 del 13 de marzo de 2023 en el cual admitió la Acción de Tutela en contra de EPS SANITAS S.A. y vinculo a PROFAMILIA CLINICA VERSALLES, MINISTERIO DE SALUD Y DE LA PROTECCION SOCIAL SUPERINTENDENCIA DE SALUD, ADRES e INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR, a quienes se les concedió un término de dos (02) días para su contestación.

Contestación de la parte accionada:

CARLOS ALFREDO CHAVARRIAGA CEBALLOS en calidad de Administrador de la **SANITAS EPS**, manifestó que:

La señora KARINA FAJARDO CASTAÑO, se encuentra afiliado al Sistema de Salud a través de la EPS Sanitas S.A.S., en calidad de Cotizante Dependiente, ante el Sistema de Seguridad Social en Salud.

Mediante el presente trámite constitucional la señora KARINA FAJARDO CASTAÑO, solicita a EPS SANITAS S.A.S.: Fertilización in vitro.

De acuerdo a lo manifestado por la accionante en el escrito de tutela, se evidencia que la señora Garay Pabón, presenta diagnósticos clínicos de: INFERTILIDAD PRIMARIA.

La EPS Sanitas S.A.S. le ha brindado a la accionante, todas las prestaciones médico – asistenciales que ha requerido debido a su estado de salud, a través de un equipo multidisciplinario, y acorde con las respectivas órdenes médicas emitidas por sus médicos tratantes.

En cuanto a los hechos y pretensiones de tutela y ejerciendo el derecho a la defensa, una vez consultada nuestra área médica al respecto indicaron que, FERTILIZACIÓN INVITRO ES UNA EXCLUSIÓN DE LOS SERVICIOS Y TECNOLOGÍAS DE LA FINANCIACIÓN CON RECURSOS PÚBLICOS ASIGNADOS A LA SALUD DE ACUERDO A LO DETERMINADO POR EL MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL en la RESOLUCIÓN 244 DE 2019 numeral 21 (...)

Consideramos que los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud, con los que se asegura la salud de la población pobre y vulnerable del país no deben ser agotados en tratamientos para infertilidad ya que estos no son necesarios para proteger la vida de la accionante ni de su pareja.

Es importante recordar que el MINISTERIO DE SALUD no ha definido aún si estas técnicas o cuales de estas técnicas van a ingresar al Plan de Beneficios en Salud y cuáles no y por lo resaltado anteriormente, tendrá hasta el 2025 (5 años), para hacerlo coordinada e intersectorialmente (esto deberá incluir a los aseguradores, los prestadores, normatividad, límites, etc.)

Por lo anterior señor Juez, le rogamos tener en cuenta nuestros argumentos pues la NO realización de un tratamiento de reproducción de FERTILIZACIÓN INVITRO no coloca en riesgo ni la vida, ni la salud de la señora Garay Pabón y no les vulnera sus derechos fundamentales, por lo tanto, le rogamos DENEGAR la pretensión de la accionante.

Entidades vinculadas:

CLINICA VERSALLES, por medio de la señora PAOLA ANDREA GARCIA ECHEVERRY como Jefe Riesgo Clínico manifestaron que:

“Una vez revisados los registros de atenciones y archivo de historias clínicas digitalizadas y manuales de la Clínica Versalles, no se encuentran registros de atenciones, ni solicitudes, ni autorizaciones pendientes a nombre de la Señora Karina Fajardo Castaño identificada con Cédula de Ciudadanía No. 31575808 en nuestra institución. De acuerdo a todo lo anteriormente manifestado solicitamos amablemente ser desvinculados del proceso por no encontrar vulneración alguna de los derechos de la Señora Karina Fajardo Castaño desde nuestra institución Nuestra institución está atenta a cualquier disposición”.

ADRES por intermedio de apoderado judicial JULIO EDUARDO RODRÍGUEZ ALVARADO indicaron que:

“...De acuerdo con la normativa anteriormente expuesta, es función de la EPS, y no de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, el reconocimiento prestacional que nos ocupa, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esta Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de esta Entidad.

Sin perjuicio de lo anterior, en atención al requerimiento de informe del H. Despacho, es preciso dejar en claro que el artículo 1 del Decreto 2943 de 2013, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015 establecen de forma precisa qué entidades deben asumir el pago de las incapacidades, teniendo en cuenta la duración de la misma. En este punto se reitera, dicha carga legal no está en cabeza de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.”

Solicitando se declare improcedente la presente acción de tutela.

MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCION SOCIAL, a través del abogado OSCAR FERNANDO CENTINELA BARRERA, manifestó que:

“En relación con los hechos descritos en la tutela, debe señalarse que a este Ministerio no le consta nada de lo dicho por la parte accionante, el Ministerio de Salud y Protección Social no tiene dentro de sus funciones y competencias la prestación de servicios médicos ni la inspección, vigilancia y control del sistema de Seguridad Social en Salud, sólo formula, adopta, dirige, coordina, ejecuta y evalúa la política Pública en materia de Salud, Salud Pública, promoción social en salud, así como, participa en la formulación de las políticas en materia de pensiones, beneficios económicos periódicos y riesgos laborales, lo cual se desarrolla a través de la institucionalidad que comprende el sector administrativo, razón por la cual desconocemos los antecedentes que originaron los hechos narrados y por ende las consecuencias sufridas. De otra parte, debe considerarse que las otras Entidades accionadas y/o vinculadas, son entidades descentralizadas que gozan de autonomía administrativa y financiera y sobre las cuales el Ministerio de Salud y

Protección Social no tiene injerencia alguna en sus decisiones ni actuaciones, tal y como se sustentará más adelante.

En consecuencia, solicitamos respetuosamente exonerar al Ministerio de Salud y Protección Social, de toda responsabilidad que se le pueda llegar a endilgar dentro de la presente acción de tutela, no obstante, en caso de ésta prospere se conmine a la EPS a la adecuada prestación del servicio de salud conforme a sus obligaciones, siempre y cuando no se trate de un servicio excluido expresamente por esta Cartera, ya que como se explicó todos los servicios y tecnologías autorizados en el país por la autoridad competente deben ser garantizados por la EPS independientemente de la fuente de financiación, sin embargo, en el evento en que el despacho decida afectar recursos del SGSSS, solicitamos se vincule a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES”.

ASOCIACION PROFAMILIA, por medio de JORGE IVAN ROJO RESTREPO como Representante Legal Suplente manifestó que:

“En el caso sub judice, gira en torno a la solicitud de autorizar de manera integral los servicios de reproducción asistida a la señora Karina Fajardo.

Sea lo primero advertir que la Asociación Profamilia en ninguna instancia ha vulnerado los derechos fundamentales de la paciente y su pareja, pues nunca se sustrajo de sus obligaciones contractuales ni negó ningún servicio dentro de lo que legalmente le corresponde, por el contrario, se pudo evidenciar que siempre se le ha prestado una atención oportuna y adecuada según su cuadro clínico.

Claro ello, se procedió a elevar el caso al área encargada quien realizó un análisis al respecto, el cual se adjunta a la presente contestación como parte integral, con el fin que sea tenido en cuenta por el Despacho.

Profamilia está dispuesta a la prestación del servicio, sin embargo, para ello requerimos tener acceso a la autorización por parte de la EPS o en su defecto su lugar que el tratamiento se adquiera de manera particular. En ese sentido, es puntual señalar que las EPS son las entidades competentes para autorizar la prestación de servicios, medicamentos y aditamentos que requieran sus afiliados dando cumplimiento a lo establecido en los artículos 177 y 178 de la Ley 100 de 1993”.

IV.- CONSIDERACIONES

Este juzgado es competente para conocer y adelantar la presente acción de tutela, con fundamento en lo previsto en el artículo 86 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, el cual indica en su artículo primero 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 en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este decreto”.*

Mediante la acción de tutela se busca la protección inmediata de los derechos constitucionales de carácter fundamental, cuando estos resulten vulnerados o amenazados por acción u omisión, de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos expresamente consagrados en la Ley, razón por la que la Constitución Política de Colombia en su artículo 86, faculta a todas las personas para

reclamar ante los jueces, la protección de sus derechos, mediante la acción de tutela y de acuerdo a su Decreto Reglamentario (2591 de 1991).

A partir de las circunstancias fácticas que dieron lugar al ejercicio de la acción de tutela, debemos detenernos en el derecho fundamental que se predica vulnerado, como el derecho al mínimo vital, salud y vida digna.

Respecto a ello, es importante destacar que cuando una persona natural o jurídica, acude a la administración de justicia en aras de buscar la protección de sus derechos, no puede desconocer las etapas procesales contempladas en el ordenamiento jurídico para el caso específico, y pretender, a través del ejercicio de otra acción (como la tutela), una pronta resolución del conflicto planteado.

Así las cosas, los sujetos procesales están llamados a observar con diligencia y cuidado la Constitución y la ley. En este sentido, las personas deben acudir al proceso que la ley haya determinado para dirimir los diferentes conflictos, de manera que sólo se podrá hacer uso de la acción de tutela, cuando no exista en el ordenamiento otro mecanismo judicial o, cuando existiendo, la misma se utilice para evitar un perjuicio irremediable. De acuerdo con la jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, la tutela tiene dos características que la identifican: la subsidiariedad y la inmediatez.

DESARROLLO JURISPRUDENCIAL DE LOS REQUISITOS CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 4° DE LA LEY 1953 DE 2019.

“(...) la Sala Plena desarrollará las condiciones y requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 para que las personas y parejas con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales. Tales requisitos son: (i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud; (iv) capacidad económica de la pareja; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad.

160. En consecuencia, las personas o parejas con infertilidad que deseen acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

(i) Edad:

La persona o pareja debe encontrarse en rango de edad en el cual sea viable el tratamiento de fertilización in vitro, de conformidad con la certificación del médico tratante que se regula en el siguiente literal.

(ii) Condiciones de salud de la “pareja” infértil:

En relación con este requisito, resulta necesario hacer varias precisiones en cuanto a su interpretación:

a) El tratamiento de fertilización in vitro debe haber sido prescrito por un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentre afiliado el paciente, a través del aplicativo MIPRES. En el evento en el cual el procedimiento sea ordenado por un

médico no vinculado a la EPS, es necesario que dicha entidad conozca la historia clínica particular de la persona (es decir, que tenga noticia de la opinión emitida por el médico ajeno a su red de servicios) y no la descarte con base en criterios médico-científicos.

En caso de que el tratamiento sea prescrito por un médico particular, este deberá estar vinculado a una IPS legalmente habilitada. La EPS deberá conformar un grupo interdisciplinario integrado por médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de salud de la solicitante, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento.

Cuando la decisión del médico adscrito a la EPS o del grupo interdisciplinario de especialistas sea negativa, podrá ser discutida ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico particular que prescribió el tratamiento.

b) Es necesario que se hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la persona o pareja solicitante y que los mismos no hayan dado resultado, antes de acceder a los procedimientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro). En este sentido, el concepto de viabilidad del médico que prescriba este procedimiento debe certificar dicha circunstancia y detallar los tratamientos, medicamentos y prestaciones de salud que se han intentado para superar la infertilidad de los pacientes en cada caso concreto.

c) Adicionalmente, el médico que autorice el tratamiento de fertilización in vitro deberá evaluar las condiciones específicas de la paciente y sus circunstancias de salud. También, deberá señalar en su concepto de viabilidad los tratamientos de fertilidad que ya han sido agotados, justificar por qué el procedimiento de fertilización in vitro es la mejor opción de tratamiento disponible y mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización.

d) Finalmente, es necesario señalar que los medicamentos, servicios, tratamientos, pruebas clínicas o exámenes diagnósticos que sean necesarios para el procedimiento de reproducción asistida ordenado por el médico tratante y que se encuentren previstos en el PBSUPC (como ocurre con buena parte de ellos) se deberán sufragar con cargo a dichos recursos, con el fin de reducir los costos del tratamiento.

(iii) Número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud:

En consideración al elevado costo del tratamiento y a la necesidad de preservar la sostenibilidad financiera del Sistema General de Seguridad Social en Salud, la Sala estima que el número máximo de intentos para el tratamiento de fertilización in vitro que pueden sufragarse mediante la financiación parcial con cargo a recursos públicos, es de tres ciclos por persona o pareja con infertilidad. En su prescripción, el médico tratante deberá indicar el número de ciclos que deban realizarse (máximo tres intentos) y su frecuencia.

(iv) Capacidad económica de la “pareja”:

Las personas o parejas deben carecer de la capacidad económica suficiente para sufragar el costo del tratamiento fertilización in vitro requerido y que no puedan acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud. Debe exigirse un mínimo de diligencia del peticionario en demostrar al Ministerio de Salud y Protección Social su condición económica y la imposibilidad de asumir los costos del tratamiento solicitado.

No obstante, la Sala advierte que la capacidad económica debe valorarse a partir del criterio de gastos soportables que ha sido desarrollado por esta Corporación, de conformidad con el cual no debe evaluarse la capacidad económica en abstracto sino en consideración de la situación concreta de la persona o pareja con infertilidad, en aplicación del principio de proporcionalidad.

En relación con este mandato, la Corte ha sostenido que el análisis de la capacidad económica no se agota en el recaudo de las pruebas respectivas, sino que requiere la valoración integral de tales medios de convicción, de modo que, “de comprobarse la existencia de recursos económicos, debe establecerse igualmente si los costos de la prestación de servicios médicos, constituyen gastos soportables. Lo dicho se traduce en que, de asumirse el costo de los servicios médicos, no se afectan otros derechos y garantías constitucionales de forma desproporcionada”.

De todos modos, la evaluación de la capacidad económica debe ser más estricta cuando se trata de solicitantes que se encuentran en el régimen contributivo.

En todo caso, los solicitantes deberán realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de fertilización in vitro que eventualmente sean autorizados. El monto que deberá sufragar cada paciente para acceder a tales procedimientos obedecerá a su capacidad de pago y sin que se vea afectado su mínimo vital. Igualmente, se deberá establecer un esquema de progresividad en los aportes para que quienes tienen mayores recursos económicos aporten en mayor medida para la financiación del tratamiento.

(v) Frecuencia:

En relación con este requisito, la Sala se remitirá a lo señalado en el literal (iii) del presente fundamento jurídico, referente al número de ciclos del tratamiento.

(vi) Tipo de infertilidad

Como fue expuesto anteriormente, una de las clasificaciones que resultan relevantes al momento de determinar el acceso a los tratamientos de fertilización in vitro es aquella que distingue entre las personas o parejas infértiles que ya han tenido hijos (infertilidad secundaria) y aquellas que nunca los han concebido (infertilidad primaria).

Sobre el particular, esta Corporación considera que, para acceder a los tratamientos de fertilización in vitro, es necesario que la persona con infertilidad que solicite el procedimiento no haya tenido previamente hijos (sean estos procreados naturalmente, concebidos con asistencia científica o adoptivos). Además, se estima necesario que a los pacientes no se les haya practicado previamente un procedimiento de fertilización in vitro.

Ahora bien, la Corte Constitucional considera indispensable que se tenga en cuenta una condición adicional: es necesario que la ausencia del procedimiento de fertilización in vitro vulnere o ponga en inminente riesgo los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

El cumplimiento de este requisito se establecerá con fundamento en circunstancias objetivas, verificables y graves de afectación de los derechos fundamentales anteriormente reseñados. Por lo tanto, las personas y parejas que soliciten la financiación parcial deberán demostrar, al menos sumariamente, que la vulneración o el riesgo que afecta sus garantías fundamentales satisface estos requisitos.

Para efectos de la presente decisión, se considera que las circunstancias: (i) son objetivas cuando su ocurrencia no depende de opiniones o juicios individuales de las personas o parejas solicitantes, sino que existen referentes externos que fundamentan tales situaciones; (ii) son verificables cuando resultan probadas o pueden demostrarse a partir de cualquier medio probatorio válido; y (iii) finalmente, son graves –como lo ha establecido esta Corporación con miras a determinar la configuración de un perjuicio irremediable– cuando suponen “un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica”.

Para ello, corresponde a los solicitantes allegar a la entidad correspondiente las evidencias de las circunstancias que impliquen una especial o excepcional afectación de sus derechos fundamentales, entre las que se encuentran, por ejemplo, el deterioro de la salud mental o del bienestar psicológico o emocional derivado de la infertilidad.

En consonancia con lo anterior, la Corte reitera que la posibilidad de acceder a la financiación parcial con cargo a recursos públicos se encuentra restringida únicamente a circunstancias excepcionales (situaciones límite) en las cuales los derechos fundamentales antes referidos se encuentren especialmente vulnerados o amenazados y cuando dicha afectación es objetiva, grave y se encuentra efectivamente acreditada.

Con todo, se reitera que los parámetros que, en esta oportunidad, define la Sala Plena de la Corte Constitucional permanecerán vigentes mientras el Ministerio de Salud y Protección Social dicta la regulación pertinente, de acuerdo con el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

Aunado a ello, para garantizar el adecuado manejo de los recursos públicos del Sistema de Seguridad Social, la Contraloría General de la República y la Procuraduría General de la Nación vigilarán que se autoricen los tratamientos únicamente cuando concurren los requisitos que la Ley 1953 de 2019 determinó, desarrollados en esta providencia.

166. En síntesis, el procedimiento para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad se compondrá de los siguientes pasos:

(i) Se requiere contar con un concepto favorable de un médico especialista adscrito a la EPS a la cual se encuentra afiliada la paciente o de un grupo de especialistas cuando se trate de una orden dictada por un médico particular. En este concepto se verificará el cumplimiento de los requisitos de edad, condiciones de salud de la pareja infértil, se establecerá el número de ciclos (máximo tres intentos) y su frecuencia. Además, se verificará que se trate de personas o parejas con infertilidad primaria, es decir, que no hayan tenido previamente hijos.

(ii) Una vez se cuente con dicho concepto, corresponde a la ADRES recibir la solicitud respectiva y verificar el cumplimiento de los requisitos de capacidad económica y la vulneración o afectación de los derechos fundamentales a la dignidad humana, los derechos reproductivos, al libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, a la igualdad y, potencialmente, del derecho a la salud.

(iii) Una vez se cuente con el segundo concepto, emitido por ADRES, se remitirá a la EPS respectiva para que se practique el procedimiento de fertilización in vitro a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.”

VI.- CASO CONCRETO

Pretende la accionante en amparo a sus derechos fundamentales, se ordene a la EPS SANITAS la autorización y práctica de fertilización in vitro con donación de gametos, como también se suministre y autorice los medicamentos, insumos, tratamientos seguimientos y valoraciones antes y durante el embarazo deseado.

Ahora bien, a efectos de resolver el problema jurídico planteado, se atenderá la línea jurisprudencial que al respecto ha establecido la Corte Constitucional para acceder a través del Sistema de Seguridad Social en Salud a la INSEMINACION IN VITRO, donde se fijaron las condiciones y requisitos de la siguiente manera:

“(…) En consecuencia, las personas o parejas con infertilidad que deseen acceder a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (fertilización in vitro) a través del Sistema General de Seguridad Social en Salud, deberán cumplir con la totalidad de los siguientes requisitos:

Las condiciones y requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 para que las personas y parejas con infertilidad puedan acceder a la financiación parcial de tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales. Tales requisitos son: (i) edad; (ii) condición de salud de la pareja infértil; (iii) número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud; (iv) capacidad económica de la pareja; (v) frecuencia; y (vi) tipo de infertilidad”

En ese orden de ideas, de los elementos de convicción aportados con el escrito tutelar se tienen:

- i)** Historia clínica de la EPS SANITAS en consulta del 19/10/2022 por la Dra. Viviana López, especialista en Ginecología y Obstetricia, quien ordenó interconsulta por Fertilidad

- ii) Orden medica del 19/11/2022 expedida por la profesional de la salud Olga Liliana Umaña Duarte especialista en Ginecología y reproducción asistida de PROFAMILIA ordenando como *“única opción de tratamiento in vitro ovulado donado, semen de banco”*
- iii) El día 25/11/2022 la señora Fajardo presentó ante la entidad accionada, la orden de servicio que le fue entregada el 19/11/2022 por la médica Olga Umaña / Especialista en Ginecología y obstetricia PROFAMILIA, atención prestada a cargo de EPS SANITAS, a la espera de la autorización del servicio.
- iv) En comunicación del 28/11/2022, la entidad accionada, EPS SANITAS, niega la autorización del tratamiento de Fertilización In vitro, por tratarse de un servicio excluido del plan obligatorio de salud y no financiado por los recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).
- v) El 26/12/2022 la accionante fue valorada por el psicólogo JAIME HUMBERTO ARBOLEDA GUERRERO.

Ahora bien, al examinar las pruebas aportadas como anexos del libelo, se observa que la señora KARINA FAJARDO CASTAÑO presenta el diagnostico de *“N970 INFERTILIDAD FEMENINA ASOCIADA CON FALTA DE OVULACION”* y desde el 12 de mayo de 2022, persiste con su deseo de gestación y es remitida por la EPS SANITAS a GINECOENDOCRINOLOGIA, en la clínica de fertilidad PROFAMILIA, donde la profesional de la salud Olga Liliana Umaña Duarte especialista en Ginecología determina lo siguiente: *“se realiza verificación de historia clínica, se trata de una paciente de 41 años de edad, mujer sola con deseo de embarazo, menopausia, ansiedad y crisis de pánico ya sin tratamiento se recomienda como “única opción de tratamiento in vitro ovulado donado, semen de banco”*

No obstante lo anterior el Juzgado, no observa de la orden médica ni de la historia clínica emitida por la galeno tratante, que se hayan evaluado todos los criterios establecidos por la H. Corte Constitucional en sentencia SU-074/20, para este tipo de órdenes, como son:

- Indicar si la accionante se encuentra en rango de edad en el cual sea viable el tratamiento de fertilización in vitro.
- Certificar los demás procedimientos y alternativas de tratamiento que se realizaron para atender la infertilidad de la accionante y que los mismos no hayan dado resultado
- Evaluar las condiciones específicas de la accionante y sus circunstancias de salud, justificando por qué el procedimiento de fertilización *in vitro* es la mejor opción de tratamiento disponible y mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización.
- Indicar el número de ciclos que deban realizarse (máximo tres intentos según lo establecido por la H. Corte Constitucional) y su frecuencia.
- Determinar el tipo de infertilidad (primaria o secundaria)

Así las cosas, el Juzgado logra determinar en este caso que la accionante padece de infertilidad, situación que ha repercutido en su salud mental, en sus emociones y en su vida diaria, de ahí que sea necesario a fin de salvaguardar los derechos fundamentales incoados, ordenar a la EPS accionada realice una nueva valoración a la señora KARINA FAJARDO CASTAÑO en donde se analicen los criterios

anteriormente señalados, la cual deberá ser remitida posteriormente a la ADRES para lo de su competencia.

De igual forma se ordenará a La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante **KARINA FAJARDO CASTAÑO**: (i) deberá verificar el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) deberá establecer el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remitirá su concepto a la EPS para que de ser favorable, practique el procedimiento de fertilización in vitro ordenado por la galeno tratante.

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Noveno de Ejecución Civil Municipal de Cali, Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de La Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- TUTELAR los derechos fundamentales dignidad humana, reproductivos, libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, de la señora **KARINA FAJARDO CASTAÑO**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- ORDENAR a la **EPS SANITAS** que, en los cinco (5) días posteriores a la notificación del presente fallo, asigne una nueva cita con un médico especialista adscrito a su red de prestadores para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización in vitro solicitado por la accionante. Dicho concepto deberá rendirse en el término máximo de quince (15) días contados a partir de la fecha de notificación de la presente decisión y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida, tales como:

- Indicar si la accionante se encuentra en rango de edad en el cual sea viable el tratamiento de fertilización in vitro.
- Certificar los demás procedimientos y alternativas de tratamiento que se realizaron para atender la infertilidad de la accionante y que los mismos no hayan dado resultado
- Evaluar las condiciones específicas de la accionante y sus circunstancias de salud, justificando por qué el procedimiento de fertilización *in vitro* es la mejor opción de tratamiento disponible y mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización.
- Indicar el número de ciclos que deban realizarse (máximo tres intentos según lo establecido por la H. Corte Constitucional) y su frecuencia.
- Determinar el tipo de infertilidad (primaria o secundaria)

Una vez emitido el concepto del galeno tratante, el mismo deberá ser remitido de manera inmediata a La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES para lo de su competencia.

TERCERO.- ORDENAR La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES que, en el término de un mes contado a partir de la recepción del concepto médico favorable para para la práctica del tratamiento de fertilización in vitro de la accionante **KARINA FAJARDO CASTAÑO**: (i) verifique

el cumplimiento del requisito de ausencia de capacidad económica de acuerdo con el criterio de gastos soportables; (ii) establezca el porcentaje que debe ser financiado con cargo a recursos públicos; y (iii) remita inmediatamente en el evento de emitir su concepto favorable a la EPS SANITAS.

CUARTO.- ORDENAR a la EPS SANITAS a través de su Representante legal o quien haga sus veces, para que en el término de veinte (20) días contados a partir de la expedición del concepto favorable La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, practique el procedimiento de fertilización in vitro a la accionante **KARINA FAJARDO CASTAÑO** a través de los médicos de su red de prestadores o mediante los convenios respectivos.

QUINTO: NOTIFÍQUESE a las partes por el medio más expedito. No obstante, ante la eventual imposibilidad de enterar a las partes o a terceros interesados en las resultas de la presente acción constitucional, sùrtase dicho trámite por AVISO el que deberá fijarse en la página web de los Juzgados Civiles Municipales de Ejecución de Sentencias de esta ciudad.

SEXTO: De no ser impugnado el presente fallo, se dispone ENVIAR la presente acción de tutela a la HONORABLE CORTE CONSTITUCIONAL para su eventual revisión, en cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 32 del decreto 2591 e1991.

SEPTIMO: Una vez consultada en SIICOR la exclusión de la presente tutela, por secretaria archívese

NOTIFÍQUESE

ANGELA MARÍA ESTUPIÑÁN ARAUJO
JUEZ