



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Bogotá D. C., 26 de julio de 2021

REF.: Acción de Tutela N° 2021-00276 de MÓNICA MARÍA GONZÁLEZ GONZÁLEZ e IVÁN ANDREI OSPINA GONZÁLEZ contra SALUD TOTAL EPS-S S.A.

SENTENCIA

Corresponde a este Despacho resolver en primera instancia la acción de tutela promovida por Mónica María González González e Iván Andrei Ospina González en contra de Salud Total EPS-S S.A., por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la familia, los sexuales y reproductivos y la igualdad.

Resulta importante aclarar que el Despacho ya había adoptado una decisión frente al caso, sin embargo, el 21 de junio de 2021 tanto accionantes como accionado impugnaron la decisión proferida por esta sede judicial el 16 de junio de 2021, por lo que mediante auto del 22 de junio de 2021 se concedió la impugnación presentada por Mónica María González González e Iván Andrei Ospina González y así mismo la impugnación de Salud Total E.P.S. S.A.

En ese sentido, conoció en segunda instancia el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá quien declaró la nulidad de la sentencia proferida el 16 de junio de 2021 y ordenó rehacer la actuación procesal, pero esta vez con la vinculación de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES.

ANTECEDENTES

1. Hechos de la Acción de Tutela

Los accionantes, a través de apoderado, señalaron que Mónica González se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud, específicamente a la EPS Salud Total, en calidad de cotizante y que Iván Ospina está afiliado como beneficiario de ella. Además, manifestaron que comparten su vida mediante la unión marital de hecho desde hace 7 años.

Señalaron que Mónica González padece de una discapacidad física de tipo reproductiva, ocasionada por una serie de patologías que dañaron sus estructuras reproductivas tales como miomas en el útero y quistes en los ovarios, situación que ha impedido a los accionantes procrear.

Indicaron que fue remitida por la Eps Salud Total a Profamilia y que allí fue atendida el 10 de agosto de 2020 por la médica María Angélica Triana especialista en Ginecología y Obstetricia y en medicina reproductiva, en donde registró en la historia clínica que se trata de una pareja con infertilidad primaria de 5 años, edad materna avanzada, "hidrosalpinx izquierdo" y baja reserva ovárica y que la causa específica era el factor tubárico.

Sostuvieron que el diagnóstico de infertilidad primaria de pareja que había sido señalado por la especialista, indicaba que correspondía a una entidad nosológica que afectaba a la pareja y que el 5 de febrero de 2020 Mónica González asistió nuevamente a Profamilia, en donde fue atendida nuevamente por la médica, quien concluyó que la única opción para lograr un embarazo era mediante la aplicación de



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

las técnicas de reproducción asistida o fertilización *in vitro* con ovulo donado y semen propio, cuyas probabilidades de embarazo eran aceptables para las condiciones clínicas de la paciente, pero que se recomendaba realizar el tratamiento lo más pronto posible para evitar el crecimiento de los miomas.

Precisaron que Mónica González fue valorada en el 2021 por la psicóloga Karina Fajardo Castaño y que la misma emitió el respectivo concepto.

Sostuvieron que el procedimiento prescrito por la especialista en infertilidad tiene un costo imposible de alcanzar pues sus ingresos ascienden a la suma mensual de \$4.508.333 de actividades desarrolladas por cuenta propia y el valor del procedimiento, de acuerdo con lo informado por el Centro de Fertilidad Ferttes, al 1º de marzo de 2021, asciende a la suma de \$22.500.000.

Señalaron que viven en una vivienda arrendada ubicada en la Calle 143 # 127ª – 17, barrio Suba Tibabuyes, estrato 2, cuyo canon de arrendamiento es el de \$900.000 mensuales y que por servicios públicos pagan un promedio mensual de \$120.000.

Indicaron que la médica María Triana generó el documento MIPRES 2021020518502592544 del 5 de febrero de 2021, en el que solicitó la autorización del procedimiento de fertilización *in vitro* ante la accionada, el cual fue negado el 7 de abril del 2021 por medio del formato de "negación de servicios o medicamentos" en el que argumentaron el no cumplimiento de los criterios definidos en la sentencia SU 074 de 2020, mismo que fue complementado por la abogada de servicios legales Lisset Fernanda Gómez León de Salud Total EPS-S S.A., quien les explicó las razones por las que la señora Mónica González no cumplía con los criterios por cuanto, al tener un hijo de 20 años, se clasificaba como una infertilidad secundaria.

Señalaron que el concepto emitido por la entidad sobre el cual sustentaban su negativa, no se ajustaba a la realidad del presente asunto por cuanto la infertilidad definida por la especialista es una infertilidad primaria de pareja, pues si bien Mónica González tiene un hijo, el mismo fue concebido a muy temprana edad hace más de 20 años y como pareja tenían el derecho a constituir una familia y a decidir sobre tener o no hijos.

Manifestaron que la decisión de la accionada al negar la autorización del tratamiento de reproducción asistida vulnera los derechos sexuales y reproductivos e igualdad de los accionantes ya que según ellos sí cumplen con los criterios definidos en la sentencia SU 074 de 2020.

Finalmente precisaron que Mónica González posee una discapacidad física de tipo reproductivo, situación para la que no había recibido por parte de su EPS la atención que requería pues la entidad ha desconocido voluntaria o involuntariamente el concepto jurídico de discapacidad. Citaron el concepto de discapacidad emitido en 1980 por la Organización de Naciones Unidas y sostuvieron que con base en él la accionante poseía una discapacidad, pues había perdido la capacidad de reproducirse, misma que era el resultado de la ausencia de uno de sus ovarios y de la pérdida de funcionalidad del otro ocasionado por una Endometriosis, circunstancia que le generaba una minusvalía, pues se encontraba en una situación desventajosa para una mujer de su edad que la limitaba o le impedía el desempeño de un rol que es normal en su caso, en función de su edad, sexo, factores sociales y culturales.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Manifestaron que esa discapacidad física de tipo reproductivo no solo afecta la dignidad de la persona, sino que, además, hace referencia a la imposibilidad de sustentar una de las condiciones fundamentales y características de un ser vivo de cualquier especie y que al ser desconocida tal discapacidad física de tipo reproductivo y al no brindársele una protección especial por parte de la EPS, se le está vulnerando su derecho a la igualdad no solo con lo relacionado a la discapacidad sino además al no otorgársele un trato preferente como lo merece cualquier ciudadano.

2. Objeto de la Tutela

De acuerdo con lo anterior, solicita que se protejan sus derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la familia, los sexuales y reproductivos y la igualdad y, en consecuencia, pide ordenar a la Eps Salud Total que autorice y dé inicio al proceso de fertilización *in vitro*.

TRÁMITE DE INSTANCIA

La presente acción fue admitida por auto del 31 de mayo del 2021, por medio del cual se ordenó vincular a la Asociación Probienestar de la Familia Colombiana - Profamilia y se ordenó librar comunicaciones a la accionada y vinculada, con el fin de ponerles en conocimiento el escrito de tutela y se les solicitó la información pertinente.

De igual forma, el Despacho en cumplimiento de la orden emitida por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el 15 de julio de 2021 vincular a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES para que a través de su representante legal rindiera un informe sobre los hechos de la tutela.

Informes recibidos

Salud Total EPS, a pesar de haber sido notificada de la nulidad y el nuevo trámite, omitió pronunciarse de nuevo por lo que el Despacho recapitulará lo indicado en precedencia toda vez que la nulidad únicamente recayó sobre la sentencia.

Sobre lo solicitado señaló que no ha incurrido en ninguna vulneración de los derechos fundamentales puesto que le han suministrado todos los servicios médicos y prestaciones que han requerido. Que Mónica González se encuentra afiliada a la entidad como cotizante independiente del régimen contributivo desde el 28 de junio de 2011 cuyo estado de afiliación es activo y que Iván Ospina se encuentra activo en la entidad en calidad de beneficiario de la señora González, por lo que con eso quedaba demostrada la capacidad económica que ellos tenían para sufragar los gastos que por ley les corresponden.

Sostuvo que una vez fueron notificados de la presente acción de tutela, realizaron una auditoría del caso a través de su equipo médico jurídico en donde según registro de la historia clínica, se resaltó que Mónica González cursa con antecedente de Miomatosis uterina múltiple factor tubárico debido a la ausencia bilateral de trompas.

Indicó que en la sentencia de la Corte Constitucional SU 074 de 2020 se analizó el derecho a la financiación excepcional y parcial de tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

(fertilización *in vitro*) con cargo a recursos públicos, para lo cual estableció unos parámetros de interpretación referentes al acceso progresivo y excepcional, los cuales son la edad; la condición de salud de la pareja infértil; el número de ciclos que deben realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud; la capacidad económica de la pareja; frecuencia y el tipo de infertilidad.

Aseguró que evaluaron esos requisitos frente a la señora Mónica González y se obtuvo:

- **Edad.** La persona o la pareja debe encontrarse en un rango de edad en el que el tratamiento fuera viable y debe haber una certificación del médico tratante sobre dicha viabilidad, pues según los especialistas médicos se considera que el periodo ideal para que una mujer sea madre es el comprendido entre los 25 y los 35 años y que, a partir de esa edad, el embarazo se tipifica de alto riesgo. Para el caso la señora Mónica tiene 42 años y el señor Iván tiene 41 años.
- **Condición de salud de la pareja infértil.** El tratamiento de fertilización 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, lo cual Mónica cumple con el requisito e indicaron que, según la valoración de la Junta de Especialistas de la IPS Profamilia, se determinó que cursaba con factores de infertilidad como "*miomatosis múltiple, factor tubárico debido a una ausencia bilateral de trompas, factor ovulatorio por edad materna avanzada y baja reserva ovárica, Bypass gástrico, hipotiroidismo, miomatosis, indicación farmacológica de Metformina 850 mg, Levotiroxina 150 mcg.*" y que Iván Ospina en el registro de su historia clínica obtenida en la junta de especialistas de la IPS Profamilia, cursa con "*Teratozoospermia leve en espermograma de enero de 2021, concentración de 180 millones/ml, móviles progresivos, vivos 90%.*"

También se obtuvo un concepto del servicio de perinatología IPS Centro Policlínico del Olaya frente a la valoración de Mónica, donde se informaron los riesgos maternos por edad avanzada como alteraciones genéticas y cromosómicas, Síndrome de Down.

- **Número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud.** Según la junta de fertilidad realizada por Profamilia la pareja tiene como alternativa fertilización *in vitro* con ovulo donado y semen propio, con una tasa aproximada de embarazo del 40% y requieren dos ciclos de tratamiento.
- **Frecuencia.** La junta de fertilidad realizada por Profamilia consideró 2 ciclos de tratamiento.
- **Tipo de infertilidad.** La infertilidad de Mónica es secundaria pues tiene un hijo de 20 años de edad, lo cuales reiterado por la junta médica de especialistas de la IPS Profamilia.

De lo anterior concluyó que no cumplen con la totalidad de los requisitos por lo que no era posible escalar dicho caso a la ADRES quien era la autoridad encargada de garantizar el acceso a la financiación parcial y excepcional de los tratamientos de reproducción asistida.

Precisó que frente a la discapacidad que señalaba la accionante, en la totalidad de los registros de la historia clínica no se evidenció algún tipo de discapacidad y las atenciones por especialidades clínicas frente al curso de la infertilidad secundaria era derivada de la Miomatosis uterina múltiple y factor tubárico.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Indicó que la solicitud de realización de la fertilización *in vitro* era improcedente en razón a que dicha responsabilidad la debía asumir el usuario o la familia, toda vez que no estaba contemplada dentro del Plan de Beneficios de Salud e hizo precisión del listado contemplado en la Resolución 244 de 2019. También indicó que el Ministerio de Salud y Protección Social en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, en especial las conferidas en el artículo 15 de la Ley 1751 y el numeral 2° del artículo 2° del Decreto Ley 4107 de 2011 establecía una limitación normativa para excluir la fecundación *in vitro* de la financiación con recursos públicos asignados a la salud por lo que la solicitud de la accionante se configura como una expresa exclusión del plan de beneficios en salud.

Señaló que con base en la sentencia SU 074 de 2020 en principio será la ADRES y no los jueces de tutela la encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos, en se sentido concluyó que no existía hasta el momento un concepto de un médico especialista adscrito a la EPS, que incluyera requisitos tales como la edad, condiciones de salud de la pareja infértil, el número de ciclos y su frecuencia, así como el tipo de infertilidad.

Adujo que era necesario que antes se hubieran agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la pareja que solicitaba el tratamiento, por lo que era evidente que hasta ese momento no se registraba ningún tratamiento de fertilidad previo.

Insistió que en que la señora Mónica González no había aportado certificación laboral que demostrara los ingresos devengados por su compañero permanente así como también omitió reportar los ingresos que la misma devengaba, por lo que no era posible establecer cuál era la capacidad económica con la que contaba la pareja y por lo tanto no se podía determinar bajo el principio de proporcionalidad y criterio de gastos soportables, si los accionantes contaban con la capacidad para asumir el pago parcial derivado del tratamiento.

Respecto al requisito de frecuencia que señalaba la sentencia SU 074 de 2020 señaló que no se cuenta con la certificación en la que se especifique el número de ciclos, la frecuencia con el que debe proporcionarse el tratamiento de fertilización *in vitro*, y el tipo de infertilidad que padece la accionante.

Recordó que el concepto médico que emitan los especialistas adscritos debían expedirlo con las exigencias de la Corte en razón a que deben justificar la viabilidad del tratamiento, mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización para así poder confrontar esos conceptos con la ADRES, a efectos de que esta última decida si es favorable o desfavorable y así puedan apelarlos ante dicha entidad.

Indicó que la jurisprudencia constitucional había señalado de manera enfática que el concepto del médico tratante era el principal criterio para establecer si se requería o no de un determinado servicio de salud, por eso era claro que el juez de tutela no estaba facultado para ordenar prestaciones o servicios de salud sin que mediara orden del médico tratante y la ADRES para el caso en concreto, con su debida prescripción en la plataforma MIPRES, como así lo ordenó la legislación vigente que desarrolló las reglas exegéticas con el fin de no malversar los recursos públicos destinados para el sistema de salud.

Informó que, de acuerdo con los registros médicos en la historia clínica:



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

1. La accionante no presentaba ningún riesgo inminente para su salud y su vida pues, por el contrario, si le realizan el procedimiento que solicita, su salud, su vida y la del menor que desea tener, podrían tener complicaciones.
2. Los embarazos logrados por fertilización artificial tienen más riesgos de abortos espontáneos, preclamsia, niños con bajo peso al nacer, malformaciones graves y parálisis cerebral.
3. Se trata de un tratamiento que no permite ser cubierto con los recursos del P.B.S. y que, de no realizársele, no se le estaría poniendo en peligro su vida
4. Solo buscaba embarazarse y no existía entonces vulneración a ningún derecho fundamental.
5. No hay aun suficiente evidencia científica de que el tratamiento propuesto sea efectivo y seguro.
6. La vida de la paciente en ese caso no se encontraba en peligro toda vez que la esencia y finalidad de la presente tutela era buscar el amparo constitucional para el tratamiento de fertilización.

Finalmente, solicitó integrar el litisconsorcio necesario, vinculando a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES pues se hacía necesaria y conveniente su participación en la presente acción.

La **Asociación Probienestar de la Familia Colombiana – PROFAMILIA** a través de su representante legal para asuntos judiciales manifestó que en aras de aportar desde su experiencia como IPS experta en salud sexual y reproductiva, a través de la directora médica de fertilidad, realizó valoración de la historia clínica en donde indicó que la accionante había sido atendida en 2 ocasiones, la primera vez el 10 de agosto de 2020 y la segunda vez el 5 de febrero de 2021 y que se presentó en junta médica de fertilidad.

Que en la consulta inicial se realizó diagnóstico de infertilidad primaria de pareja, que ella tiene 1 hija de 20 años, obesidad, edad materna avanzada, trompa de Falopio dilatada, miomatosis uterina, baja reserva ovárica y ordenan estudios de *“histerosonografía, hormona antimulleriana, espermograma.”*

En la cita de control llevó *“histerosonografía con miomas submucosos”* por lo que le hicieron miomectomía por histeroscopia, le realizaron laparoscopia donde encuentran pelvis sellada, hidrosalpinx y realizaron salpinguectomía izquierda más liberación de adherencias. Que la hormona AMH confirma la baja reserva ovárica y espermograma de la pareja teratozoospermia y se propuso la fertilización *in vitro* con ovulo donado semen propio.

Manifestó que se presentó el caso en junta médica donde se consideró que:

“la paciente cursa con infertilidad secundaria (tiene 1 hija) y primaria de pareja (con pareja actual no tiene hijos) que con diagnósticos mencionado LA ÚNICA OPCIÓN PARA CONSEGUIR EMBARAZO ES A TRAVÉS DE FERTILIZACIÓN IN VITRO CON OVULO DONADO (NO TIENE TROMPAS Y TIENE BAJA RESERVA OVÁRICA ADEMÁS DE TENER 42 AÑOS Y ESPOSO CURSAR CON TERATOZOOSPERMIA). Fue valorada por el servicio de perinatología quienes aclarándole a la paciente los riesgos de un embarazo no contraindican la realización del tratamiento propuesto.”

Solicitó además que se desvinculara a la misma de la presente acción de tutela pues no le fueron negados los servicios a la paciente y tampoco le fueron vulnerados sus derechos fundamentales.

La **Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES** a pesar de haber sido notificada desde el 15 de julio de 2021, para que rindiera un informe sobre los hechos de la tutela, a la fecha no se recibió comunicado alguno por su parte.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

CONSIDERACIONES

La acción de tutela se encuentra consagrada en el artículo 86 de la constitución política de Colombia, norma que la establece como un mecanismo jurídico sumario y que permite brindar a cualquier persona, sin mayores requisitos de orden formal, la protección específica e inmediata de los derechos constitucionales fundamentales cuando le son vulnerados o están en amenaza debido a la acción o la omisión de una autoridad pública o de un particular.

Sin embargo, para que prospere la acción constitucional se debe demostrar la vulneración de los preceptos fundamentales que se consideran conculcados y en algunos casos, también la causación de un perjuicio irremediable, para que el juez de tutela concrete su garantía, pues únicamente cuando sea indubitable su amenaza o vulneración resulta viable por esta vía ordenar el reconocimiento de una situación que puede llegar a ser dirimida por otro medio de defensa judicial (Corte Constitucional Sentencia T-471 de 2017).

Ahora, sobre el derecho fundamental a la salud, dispone el artículo 49 constitucional que la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado, y que estos deben ser garantizados a todas las personas, desde las ópticas de promoción, protección y recuperación del estado de salud.

Esta disposición constitucional reafirma que a todas las personas se les debe otorgar la garantía de acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de ese estado de salud, determinando, de manera irrefutable, que el derecho a la salud adquiere el rango de fundamental, porque cuanto se refiere a que todas las personas tienen el derecho a la atención en salud, definiendo así el sujeto, sin hacer exclusión de ninguna índole, para abarcar, por consiguiente, la universalidad de los sujetos destinatarios del mismo.

En aplicación directa de la Constitución, la jurisprudencia constitucional siempre ha tratado de considerar que el derecho a la salud es fundamental porque protege múltiples ámbitos de la vida humana, y a la vez un derecho complejo, tanto por su concepción como por la diversidad de obligaciones que de él se derivan, y por la magnitud y variedad de acciones y omisiones que su cumplimiento demanda del Estado y de la sociedad (Sentencia T-760 de 2008 y T-062 de 2017).

Con la expedición de la Ley 1751 de 2015, el derecho a la salud es reconocido finalmente como derecho fundamental, para regularlo como aquella garantía consistente en la adopción de medidas y prestación de servicios, en procura del más alto nivel de calidad e integridad posible, sobre todo, de personas en estado de debilidad manifiesta, puesto que, sumado a la prestación de un servicio de calidad y tratamiento eficiente e integral, esas personas merecen especial protección por parte del Estado.

Precisamente con esta legislación, se estableció que la atención en materia de salud, debe ser prestada de manera integral, es decir, que *«los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador»*, por las entidades encargadas por el Estado, con observancia de sus elementos esenciales e interrelacionados, tales como la disponibilidad, la aceptabilidad, la accesibilidad, la calidad e idoneidad profesional y principios básicos como los de universalidad, *pro homine*, equidad, continuidad,



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

oportunidad, prevalencia de los derechos, progresividad del derecho, libre elección, sostenibilidad, solidaridad, eficiencia e interculturalidad y protección especial a minorías étnicas.

Por lo tanto, las personas vinculadas al Sistema General de Salud independientemente del régimen al que pertenezcan, tienen el derecho a que las EPS les garanticen un servicio de salud adecuado, es decir, que satisfaga las necesidades de los usuarios en las diferentes fases, desde la promoción y prevención de enfermedades, hasta el tratamiento y rehabilitación de la enfermedad y con la posterior recuperación; por lo que debe incluir todo el cuidado, suministro de medicamentos, cirugías, exámenes de diagnóstico, tratamientos de rehabilitación y todo aquello que el médico tratante considere necesario para restablecer la salud del paciente o para aminorar sus dolencias y pueda llevar una vida en condiciones de dignidad.

En este entendido, la salud es un derecho fundamental y es también un servicio público, doble connotación que ha sido analizada por la Corte Constitucional, que permite una amplia protección al derecho fundamental de los ciudadanos colombianos y que, por consiguiente, fortalece la necesidad de demandar por parte de las administradoras y prestadoras de salud el cumplimiento de su deber en aras de no vulnerar las prerrogativas fundamentales de sus afiliados (Sentencia T-673 de 2017). Es por ello, que en el caso tal que las empresas prestadoras de salud no presten su servicio de manera idónea, o los postulados de un estado social de derecho y el coasociado se vea en la imperiosa necesidad de recurrir al aparato jurisdiccional, es claro que el juez de tutela debe ser el encargado de estudiar el caso en concreto para determinar si es necesario adoptar las medidas que considere pertinentes para lograr adecuar la respectiva irregularidad.

Frente al derecho a la igualdad y en lo que tiene que ver con la fertilización *in vitro*, el costo de este tratamiento en la mayoría de las circunstancias afecta de forma desproporcionada a las personas que carecen de la capacidad económica suficiente para sufragar el mismo, por lo que se convierte en una barrera insuperable en comparación con aquellos que tienen la posibilidad de pagar y llevar a cabo este tipo de tratamientos por cuenta propia.

Y por último, respecto a los derechos reproductivos, estos se encuentran contemplados en los artículos 16 y 42 de la Constitución Política de Colombia que establecen respectivamente la garantía del libre desarrollo de la personalidad y el derecho de los individuos y las parejas a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos. Así mismo, la protección de los derechos reproductivos se deriva de mandatos constitucionales como la dignidad humana, la protección de la integridad personal y la prohibición de los tratos crueles, inhumanos y degradantes.

Respecto a estos derechos, ha señalado la Corte Constitucional en sentencia T-306 de 2016 que los mismos *"suponen el reconocimiento, el respeto y la garantía de la facultad que tienen las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, cuándo y con qué frecuencia, así como la libertad de decidir responsablemente el número de hijos."*

Igualmente, la sentencia SU 096 de 2018 resaltó que, *"si bien los derechos sexuales y reproductivos protegen a todas las personas y constituyen, en principio, dimensiones garantizadas en otros derechos fundamentales, su emergencia específica e independiente responde a la necesidad de enfrentar la persistente discriminación histórica que han soportado las mujeres."*



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Es así como la Corte Constitucional sostuvo que los derechos reproductivos reconocen y protegen dos aspectos fundamentales los cuales son: la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva y a la información sobre los mismos.

Procedencia de la acción de tutela

De manera preliminar, advierte el Despacho que en esta oportunidad se cumplen todos los requisitos de procedencia de la acción de tutela, esto es, la legitimación en la causa por activa y pasiva, la inmediatez y la subsidiariedad.

Frente a la **legitimación en la causa por activa** el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991 establece que la tutela podrá ser presentada por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales quien actuará: (i) en nombre propio; (ii) a través de representante legal; (iii) por apoderado judicial (iv) mediante agente oficioso y (v) por el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.

En lo que tiene que ver con el apoderamiento judicial, en materia de tutela, la Corte Constitucional en Sentencia T-024 de 2019 precisó que:

i) es un acto jurídico formal, por lo cual debe realizarse por escrito; ii) se concreta en un escrito, llamado poder que se presume auténtico; iii) debe ser un poder especial; iv) el poder conferido para la promoción o para la defensa de los intereses en un determinado proceso no se entiende conferido para instaurar procesos diferentes, así los hechos que le den fundamento a estos tengan origen en el proceso inicial; v) el destinatario del acto de apoderamiento sólo puede ser un profesional del derecho habilitado con tarjeta profesional.

Además, hizo énfasis en que cuando la acción de tutela se ejerce mediante representante judicial, es necesario que tenga la calidad de abogado.

Para el caso, resulta claro que se cumple con el requisito pues se tiene que Mónica González e Iván Ospina le otorgaron poder especial al abogado Carlos Ocampo para que iniciara y llevara a cabo la presente acción de tutela, mismo abogado que se encuentra habilitado para el ejercicio de su profesión y quien además allegó los poderes debidamente conferidos mediante mensaje de datos, es decir cumplían con el requisito que señala el artículo 5° del Decreto 806 de 2020.

Conviene precisar a este Despacho que al actuar Mónica González e Iván Ospina conjuntamente, si bien es Mónica quien sufre las patologías que le han ocasionado la imposibilidad de procrear de manera natural, el accionante también desea concebir un hijo y, en esa medida, sus derechos a la salud, a la vida, a la familia, los sexuales y reproductivos y la igualdad también se encuentran involucrados.

Ahora, en lo que tiene que ver con la **legitimación en la causa por pasiva**, el artículo 86 constitucional, señala en su quinto inciso que la acción de tutela será procedente contra particulares:

1. Si estos están encargados de la prestación de servicios públicos.
2. Si su conducta afecta grave y directamente el interés colectivo
3. Respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Particularmente, el numeral 2° del artículo 42 de Decreto 2591 de 1991 señaló

“ARTICULO 42. PROCEDENCIA. La acción de tutela procederá contra acciones u omisiones de particulares en los siguientes casos:

2. Cuando aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud esté encargado de la prestación del servicio público de salud”

Para el caso, la EPS Salud Total es una entidad que funge como particular, quien presta un servicio público de salud y de seguridad social y que, forma parte del Sistema General de Seguridad Social, por lo que contra ella procede la acción de tutela y se encuentra superado este requisito.

De otra parte, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la acción de tutela debe interponerse en un término oportuno, justo y razonable, esto es, cumplir con el requisito de **inmediatez**. Este requisito responde a la pretensión de protección inmediata de los derechos fundamentales que implica que, pese a no existir un término específico para acudir al juez constitucional, las personas deben actuar diligentemente y presentar la acción en un tiempo razonable.

Frente a ello se observa que la negativa la Eps Salud Total de llevar a cabo el tratamiento de fertilización *in vitro* se dio el 7 abril de 2021 y el 31 de mayo de la misma anualidad presentaron la acción tutela. Es decir, transcurrió aproximadamente mes y medio entre uno y otro evento, término que resulta prudente y razonable para reclamar la protección de los derechos vulnerados.

Finalmente, sobre el requisito de **subsidiariedad** se tiene que la acción de tutela es procedente cuando los accionantes no cuentan con otro mecanismo ordinario de protección, por lo que cuando existan otros medios de defensa judicial, la Corte Constitucional en Sentencia T-622 de 2016 ha determinado que existen dos excepciones que justifican su procedibilidad:

(i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados.

(ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, puesto que, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable.

(iii) el titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es un sujeto de especial protección constitucional.

Además, la misma jurisprudencia ha señalado que la acción de tutela cuando es promovida por personas que requieren especial protección constitucional, el examen de procedencia de la misma se hace menos estricto. Para el caso, se tiene que el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 modificado por el artículo 6° de la Ley 1949 de 2019, le otorgó facultades jurisdiccionales a la Superintendencia Nacional de Salud para conocer y decidir de las controversias entre las EPS y sus afiliados respecto a la negativa de prestar los servicios e insumos médicos.

Aunque se ha debatido ampliamente si los procesos que adelanta la Superintendencia de Salud tienen un carácter prevalente respecto de la acción de tutela, dadas las facultades jurisdiccionales que recaen en esta entidad; la Corte Constitucional en sus decisiones ha afirmado que no se puede desplazar la competencia principal del juez de tutela para garantizar la protección del derecho fundamental a la salud



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

y respecto a la competencia subsidiaria del Juez de tutela manifestó que la acción de tutela cumplía un papel residual. No obstante, el juez debía analizar la idoneidad y eficacia del mecanismo jurisdiccional ante la Superintendencia de Salud con especial atención a las circunstancias particulares en cada caso en concreto. En consecuencia, el amparo constitucional procedía, por ejemplo, cuando:

- a. *Exista riesgo la vida, la salud o la integridad de las personas.*
- b. *Los peticionarios o afectados se encuentren en situación de vulnerabilidad, debilidad manifiesta o sean sujetos de especial protección constitucional.*
- c. *Se configure una situación de urgencia que haga indispensable la intervención del juez constitucional.*
- d. *Se trata de personas que no pueden acceder a las sedes de la Superintendencia de Salud ni adelantar el procedimiento a través de internet. En tal sentido, el juez constitucional debe valorar dicha circunstancia al momento de establecer la eficacia e idoneidad del trámite ante dicha autoridad."*

Además, en artículo 6° de Ley 1949 de 2019 que prevé las competencias previstas legalmente para dicha entidad, no se encuentran las de resolver las controversias derivadas de la presunta vulneración de los derechos fundamentales, por lo que la acción de tutela procede como mecanismo definitivo.

Caso concreto

Como bien se señaló anteriormente, los accionantes se encuentran afiliados a la Eps Salud total en donde Mónica González fue diagnosticada con una serie de patologías que le ocasionaron un daño en sus estructuras reproductivas, lo cual no ha permitido que como pareja puedan procrear.

Frente a ello fue remitida por la Eps Salud Total a Profamilia y allí fue atendida en varias ocasiones por una especialista en Ginecología y Obstetricia y medicina reproductiva quien concluyó el 5 de febrero de 2021 que la única opción para ella y su pareja de lograr un embarazo era mediante la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, específicamente la fertilización *in vitro* por lo que registró en la historia clínica lo siguiente:

05/02/202

1 Impresión diagnóstica:

- 1) Infertilidad primaria 5 años.*
- 2) Factor tubárico: Ausencia trompas bilateral.*
- 3) Factor uterino: Miomatosis.*
- 4) Factor masculino: Teratozoospermia 13leve.*
- 5) Factor ovulatorio: Edad materna avanzada y baja reserva ovárica.*

Plan: se plantea como única alternativa fertilización In vitro –ICSI con óvulo donado + semen propio, con probabilidades de embarazo aceptables para las condiciones clínicas de la paciente. Se sugiere realizar el tratamiento lo más pronto posible para evitar el crecimiento de los miomas, doy orden de tratamiento y de infecciosas.

Fue así como esta médica especialista generó el documento con número de prescripción 20210205185025925405 del 5 de febrero de 2021 en donde según los accionantes solicitaba la



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

autorización del procedimiento de fertilización *in vitro* ante la accionada. Por lo que el 7 de abril de 2021 la entidad emitió una respuesta a la solicitud en donde le indicaban que el servicio no era autorizado pues no cumplían con los requisitos establecidos en la sentencia SU 074 de 2020.

Los accionantes sostuvieron además que se han visto afectados emocionalmente en lo personal y en su relación como pareja, al punto de poner en riesgo su salud mental y su estabilidad familiar y social. Manifestaron también que el procedimiento prescrito por la especialista en infertilidad tenía un costo imposible de alcanzar y que como consecuencia de su proceso patológico poseía una discapacidad física de tipo reproductivo.

Frente a ello la encartada contestó que efectivamente Mónica González no cumplía con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en Sentencia SU 074 de 2020 pues el embarazo podría ser tipificado de alto riesgo ya que la misma contaba con 42 años de edad y el accionante con 41 años, además que, aunque hay una orden emitida por una especialista adscrita a la Eps Salud Total toda vez que fue emitido por Profamilia, en la misma no se trataron los requisitos de la edad, las condiciones de salud de la pareja infértil, el número de ciclos y su frecuencia, así como la indicación del tipo de infertilidad. De igual forma, tampoco contaban con ninguna solicitud ingresada a través de la plataforma MIPRES, misma plataforma que fue diseñada por el Ministerio de Protección Social para darle trámite a las tecnologías que se encontraban fuera del plan de beneficios en salud.

Recordó que el concepto médico que emitan los especialistas adscritos debían expedirlo con las exigencias de la Corte en razón a que deben justificar la viabilidad del tratamiento, mencionar los posibles riesgos y efectos de su realización para así poder confrontar esos conceptos con la ADRES, a efectos de que esta última decida si es favorable o desfavorable y así puedan apelarlos ante dicha entidad.

Ahora bien, **en primer lugar**, conviene al Despacho precisar la condición de discapacitada de la señora Mónica González y para ellos hace uso de la Ley Estatutaria 1618 de 2013 cuyo objetivo es el de garantizar y asegurar el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con discapacidad mediante la adopción de medidas de inclusión, acción afirmativa y de ajustes razonables para así eliminar toda forma de discriminación en razón a la discapacidad; todo ello en concordancia con la Ley 1346 de 2009.

Para ello, la Ley 1618 de 2013 en su artículo 2° numeral 1° define como personas en situación de discapacidad a aquellas que *"tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a mediano y largo plazo que, al interactuar con diversas barreras incluyendo las actitudinales, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás"* situación ésta que no pudo ser demostrada por la accionante toda vez que en las historias clínicas que fueron aportadas por la misma, no se identificó registro alguno que así lo calificara; sin embargo, no puede desconocer el Despacho que la condición de infertilidad es un concepto en desarrollo que si implica una situación especial de afectación del desarrollo de la mujer y que ha sido objeto de varios pronunciamientos de la Corte Constitucional como es la sentencia T-528 de 2014.

En ese entendido y si bien no puede catalogarse directamente como una discapacidad, no se desconocerá que ya ha sido legalmente definida como una enfermedad y que ella comporta una especial situación en que se encuentra la pareja y especialmente la señora González en tanto su situación puede tener trascendencia en otros campos del desarrollo de la mujer y del entorno familiar y de pareja.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Ahora sí pasa el Despacho a analizar si en definitiva la accionante cumple o no con los requisitos establecidos para el tratamiento de la fertilización *in vitro* y para ello estudiará la Ley 1953 de 2019 y la sentencia de la Corte Constitucional SU 074 de 2020

Ley 1953 de 2019

En primer lugar, el objetivo de la mencionada ley es establecer los lineamientos para el desarrollo de la política pública de prevención de la infertilidad y su tratamiento dentro de los parámetros de salud reproductiva, en ese sentido, define la infertilidad como una *"enfermedad del sistema reproductivo que impide lograr un embarazo clínico después de doce (12) meses, o más de relaciones sexuales no protegidas"* y a su vez define las técnicas de reproducción humana asistidas como aquellos *"tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo."*

Además, la norma citada señaló que le correspondía al Ministerio de Salud y Protección Social adelantar la política pública de infertilidad con miras a garantizar el pleno ejercicio de las garantías sexuales y reproductivas y su protección a través del sistema de seguridad social de salud en un término de 6 meses en los cuales iba a desarrollar los siguientes componentes: investigativo, preventivo, educativo, diagnóstico y tratamiento oportuno y adopción.

En ese sentido, le corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social regular el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida conforme a los lineamientos técnicos que garantizaran el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el Plan Decenal de Salud Pública en donde se debían cumplir con los siguientes criterios según lo señaló el artículo 4° de la mencionada ley:

Artículo 4°. Tratamiento de Fertilidad (...)

- 1. Determinación de Requisitos. Requisitos como edad, condición de salud de la pareja infértil, números de ciclos de baja o alta complejidad que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, capacidad económica de la pareja, o nivel de Sisbén, frecuencia, tipo de infertilidad.*
- 2. Definición de mecanismos de protección individual para garantizar las necesidades en salud y la finalidad del servicio, y definición de la infraestructura técnica requerida para la prestación del servicio.*
- 3. Los demás que se consideren necesarios para la aplicación de la ley, en el marco del interés general y la política pública.*

En ese sentido corresponde al Ministerio de Salud y Protección Social regular y gestionar el acceso a los procedimientos de fertilización *in vitro* precisando todo lo relacionado con las prestaciones, servicios y tecnologías en salud; sin embargo, a la fecha de esta decisión ello no se ha cumplido.

Así, ante la ausencia de regulación la Corte Constitucional ha señalado que la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede depender de la existencia de un acto administrativo que precisara su reconocimiento y aplicación pues si ello fuera así se desconocería el rango constitucional y la eficacia directa de los derechos fundamentales, por ello la Corte Constitucional mediante la Sentencia SU 074 de



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

2020 creó una serie de lineamientos provisionales bajo los cuales las parejas infértiles pueden tener acceso a la reproducción asistida a través de su EPS, por lo que pasamos a su análisis.

Sentencia SU 074 de 2020

La Corte Constitucional desarrolló las condiciones y requisitos previstos en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 para que las personas y parejas con infertilidad pudieran acceder a la financiación parcial de los tratamientos de reproducción asistida en circunstancias excepcionales tales como (i) edad; (ii) la condición de salud de la pareja infértil; (iii) el número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y la condición de salud; (iv) la capacidad económica de la pareja; (v) la frecuencia y por último (vi) el tipo de infertilidad. Frente a estos manifestó:

1. La Edad:

Señala la Corte; *“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.”*

En el presente caso nos encontramos ante una pareja donde la mujer tiene 42 años de edad y el hombre 41, rango que, en criterio de la EPS accionada, resulta ser superior al deseado para concebir, dado que el periodo ideal para que una mujer sea madre es el comprendido entre los 25 y los 35 años pues a partir de dicha edad el embarazo se tipifica de *alto riesgo*.

Profamilia por su parte, informó que una vez presentado el caso en junta médica se consideró que la única opción para conseguir embarazo es a través de fertilización in vitro con ovulo donado y que el especialista en el servicio de perinatología no contraindicó la realización del tratamiento propuesto.

En este punto el Despacho considera que, si bien la razón que da la EPS se basa en un periodo ideal de concepción, lo cierto es que el concepto médico de quien ha hecho el seguimiento del caso de cada paciente será el indicado para establecer si la mujer está o no en condiciones de soportar el procedimiento, lo que en este caso se evidencia acreditado, pues fue Profamilia quien analizó de manera directa a la paciente y efectuó un análisis incluso acompañado por el área de psicología para dar un concepto favorable, sin que la edad hubiese sido un limitante para ello.

A pesar de ello, el Despacho estima que, conforme a lo indicado por la Corte Constitucional, no se ha hecho un pronunciamiento concreto sobre el aspecto de la edad, si es avanzada o no y si ello puede o no generar implicaciones negativas para la mujer o el menor que se espera concebir.

2. Condiciones de salud de la pareja infértil

Sobre este aspecto la sentencia, por su relevancia, será transcrita en lo pertinente, advirtiendo que lo que exige es que el tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS y que se surtan los trámites administrativos correspondientes; incluso contempla la posibilidad de que el tratamiento sea prescrito por un médico particular y la forma en que ello debe ser manejado al interior de la EPS. Así mismo señala cuales circunstancias deben ser evaluadas por los médicos tratantes y de las que deben dejar constancia



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

en la historia clínica a efecto de que puedan ser verificadas en el proceso de estudio de su viabilidad. Sobre este aspecto se resalta:

- 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.”*

Sobre este aspecto los accionantes aportaron el documento con número de prescripción 20210205185025925405 generado el 5 de febrero de 2021 por la médica especialista en infertilidad de Profamilia María Angélica Triana Borrero, en el que indicaba como procedimiento la fertilización *in vitro*.

Con ello se acredita que concepto médico del tratamiento que se ha sugerido fue emitido por una médica adscrita a la red de servicio de la EPS pues tal y como la accionada lo indica, fue por remisión de ella que acudió a Profamilia donde le hicieron el seguimiento de su caso.

En ello entonces, no le asiste razón a Salud Total; sin embargo, tal y como acontece en el punto anterior el concepto médico de la referida doctora debe ser ampliado en el sentido de precisar las condiciones de salud de la pareja infértil a efecto de que se pueda tramitar la solicitud ingresada a través de la plataforma MIPRES.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

3. Número de ciclos que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud

Sobre este aspecto señala la Corte:

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.

En este caso advierte el Despacho que la orden médica o el concepto emitido por la doctora Triana Borrero no precisa cuántos ciclos requiere la accionante para realizar el procedimiento, dado que, de acuerdo con lo establecido por la Corte, solo se protegerán hasta 3 intentos, por lo que dicha información debe estar debidamente documentada.

4. Capacidad económica de la pareja

Este requisito resulta ser de fundamental importancia dado que la Corte Constitucional, en varios casos de protección a la salud, ha estimado que el solicitante debe acreditar la falta de capacidad económica para sufragar, como en este caso, el procedimiento o tratamiento de fertilización, carga que está principalmente en la parte actora, quien deberá aportar todos los elementos probatorios para acreditar su situación.

Sobre este aspecto la referida sentencia señala:

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



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

que quienes tienen mayores recursos económicos aporten en mayor medida para la financiación del tratamiento.

Los accionantes aseguran no tener capacidad para sufragar los gastos del tratamiento y para acreditar su condición económica aportaron copia del contrato de arrendamiento, copia de los recibos de servicios públicos de gas y acueducto y la certificación de ingresos del señor Iván Ospina con los cuales, si bien es cierto acreditaron los gastos en los que incurrieron mensualmente, no lograron precisar de manera clara los ingresos de la pareja a efectos de determinar por este Despacho si existía o no capacidad para cubrir el tratamiento de manera particular.

No obstante, como en el presente caso no se ha acreditado el cumplimiento de los demás requisitos y además la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES tampoco allegó informe que pudiera acreditar si efectivamente los accionantes cuentan con capacidad económica o no para sufragar los gastos de dicho tratamiento, se advierte que este aspecto, en un eventual estudio posterior estará a cargo de los actores y de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES conforme lo señala la jurisprudencia transcrita.

5. Frecuencia

Señala la Corte Constitucional que *“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.”* lo que igualmente hará el Despacho pues como se dijo, deberá el médico tratante acreditar este requisito a fin de que se pueda analizar la procedencia del tratamiento, lo que aún no se advierte satisfecho.

6. Tipo de infertilidad

Sobre este aspecto la Corte Constitucional en la referida sentencia exige que se determine este elemento tal y como a continuación se indica:

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.

La especialista en ginecología y obstetricia de Profamilia señaló en la historia clínica que:

Motivo de consulta: me mandaron de la EPS “Pareja con infertilidad primaria de 5 años...”

Pareja con infertilidad primaria de 5 años, edad materna avanzada, hidrosalpinx izquierdo, baja reserva ovárica...

Diagnóstico general: 1 infertilidad primaria de pareja

Causa específica: 5 factor tubárico.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Además, indicó:

Impresión diagnóstica:

- 1) *Infertilidad primaria 5 años.*
- 2) *Factor tubárico: Ausencia trompas bilateral.*
- 3) *Factor uterino: Miomatosis.* 4) *Factor masculino: Teratozoospermia leve.*
- 5) *Factor ovulatorio: Edad materna avanzada y baja reserva ovárica.*

Plan: se plantea como única alternativa fertilización In vitro –ICSI con óvulo donado + semen propio, con probabilidades de embarazo aceptables para las condiciones clínicas de la paciente. Se sugiere realizar el tratamiento lo más pronto posible para evitar el crecimiento de los miomas, doy orden de tratamiento y de infecciosas.

Expuesto lo anterior se determinó que la accionante cumple con el requisito de fertilidad, pues pese a que tiene un hijo que la configuraría dentro de una infertilidad secundaria, lo cierto es que con la pareja actual no ha tenido hijos y en ese sentido se trata de una infertilidad primaria.

7. Vulneración a otros derechos fundamentales:

Frente a ello, los accionantes manifestaron que la imposibilidad de tener hijos les ha causado graves inconvenientes de pareja y ello ha generado afectaciones psicológicas, además de verse afectado su derecho a la autodeterminación reproductiva en la medida en que no se le suministró la información necesaria respecto de las implicaciones que pueden tener los tratamientos de reproducción asistida y sus alternativas. Ello es soportado por el concepto de la psicóloga Karina Fajardo Castaño en donde manifestó que en la señora Mónica González se estaban generando episodios de afectación psicológica y psiquiátrica con síntomas de depresión, ansiedad, que además se vive cuestionando el sentirse diferente a las demás mujeres aislándose así de sus círculos sociales por sentir irritabilidad y frustración. Sostuvo que en la accionante se presentaba un daño emocional y de su salud mental que repercutía en todas las áreas de su vida.

Indicó que se confirmaba que los accionantes no habían recibido información oportuna por parte de los médicos especialistas quienes habían tratado su caso, pues habían recibido solo desinformación de la realidad de la condición de salud de la accionante y además les habían generado una falsa esperanza e ilusión de su proceso de concepción.

A nivel de pareja se han generado desequilibrios en cuanto a la marca emocional que ha generado el fracaso comprobado de la no concepción natural, por lo que se genera mayor susceptibilidad y malestar emocional, lo cual hace que persista el dolor y así mismo la tensión emocional bloquee las expectativas y el proyecto de vida a futuro y por último, a nivel social dado a comentarios inapropiados por parte de sus círculos sociales, le generan presión emocional y por tanto el riesgo de pérdida de control aumenta significativamente, lo cual hace que a su vez exista una crisis vital persistente que muy rara vez es percibida por los demás y por tanto no recibe el apoyo emocional apropiado por parte de su círculo social.

Dicho esto, es claro para este Despacho que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilización *in vitro* vulnera otros derechos fundamentales.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

Conclusión

En atención a lo expuesto, este Despacho advierte que no se encontraron acreditados todos los requisitos que señala la Corte Constitucional en Sentencia Su 074 de 2020 pues la especialista en Ginecología y Obstetricia de Profamilia que emitió el concepto con el cual la Eps debía autorizar la fertilización *in vitro*, no desarrolló cada uno de los requisitos que allí se señalan tales como la edad, condiciones de salud de la pareja infértil, el número de ciclos, su frecuencia y el tipo de infertilidad, pues no basta con emitir un concepto que indique de manera general que se debe realizar el tratamiento, sino que deben evaluar las condiciones específicas de la accionante y así mismo pronunciarse sobre la viabilidad del procedimiento.

Siendo esto así, el Despacho no ordenará la realización del procedimiento, sin embargo, adoptará unas medidas tendientes a evitar la amenaza de los derechos fundamentales que aquí están siendo desprotegidos.

En ese sentido, ordenará a la accionada a la EPS Salud Total que, en el término de 3 días siguientes a la notificación de la presente decisión, asigne una cita con la médico especialista tratante u otro adscrito a su red de prestadores, para que luego de evaluar las condiciones específicas de salud de señora Mónica González, se pronuncie respecto de la viabilidad del procedimiento concretando cada uno de los aspectos descritos en precedencia.

Dicho concepto médico deberá rendirse en el término máximo de 15 días contados a partir de la fecha de notificación del presente fallo y deberá abarcar los aspectos necesarios para autorizar el tratamiento de reproducción asistida que requiere la señora Mónica González en caso de ser procedente.

En caso de que el concepto médico emitido por el especialista sea negativo, los accionantes podrán discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico que prescribió el tratamiento y esta junta deberá decidir dentro de los 15 días posteriores a su conformación.

En caso de que los accionantes acudan a un médico particular deberá procederse conforme lo ordenado en la referida sentencia para ese tipo de situaciones.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO TERCERO MUNICIPAL DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la Ley y mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la pretensión de autorizar la realización de los procesos de reproducción asistida en favor de la señora **Mónica María González** y el señor **Iván Andrei Ospina** conforme lo expuesto.

SEGUNDO: ADOPTAR MEDIDAS tendientes a la protección de los derechos fundamentales de los accionantes **MÓNICA GONZÁLEZ** e **IVÁN OSPINA** a la salud, a la vida, a la familia, los sexuales y reproductivos y la igualdad en los términos expuestos en esta sentencia.



Rama Judicial
Juzgado Tercero Municipal de Pequeñas Causas Laborales
Republica de Colombia

TERCERO: ORDENAR a la **SALUD TOTAL EPS-S S.A.** para que, dentro de los tres (3) días posteriores a la notificación de la presente sentencia, asigne una cita con la médico tratante u otro médico especialista adscrito a Salud Total EPS-S S.A., para que se pronuncie sobre la viabilidad del procedimiento de fertilización *in vitro* solicitado por Mónica González. 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.

En caso de que el concepto del médico especialista sea negativo, los accionantes podrán discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la respectiva IPS a la cual se encuentre vinculado el médico que prescribió el tratamiento. Esta junta deberá decidir dentro de los quince (15) días posteriores a su conformación.

CUARTO: NOTIFICAR a las partes por el medio más expedito y eficaz.

QUINTO: PUBLICAR esta providencia en la página de la Rama Judicial e informar a las partes sobre la forma de consultar la misma.

SEXTO: REMITIR el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, en caso de no ser impugnada por la parte interesada dentro de los 3 días hábiles siguientes a su notificación y de acuerdo con lo dispuesto en la parte motiva de la decisión.

Notifíquese y Cúmplase,

La Juez,

LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR

Firmado Por:

**LORENA ALEXANDRA BAYONA CORREDOR
JUEZ MUNICIPAL
JUZGADO 3Ero MPAL PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES BOGOTA**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **ff0dfc2fca145c1d637b202611dc263f35fcea420b3df2650579e511b80875c8**

Documento generado en 26/07/2021 04:33:48 PM

**Valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**