

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2022-00370-00

ACCIONANTES: MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR

ESTEBAN PINEDA IDARRAGA

ACCIONADA: E.P.S SALUD TOTAL

**VINCULADA: ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE
SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES**

SENTENCIA

En Bogotá D.C., a los seis (06) días del mes de junio del año dos mil veintidós (2022), procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** y **ESTEBAN PINEDA IDARRAGA**, quienes pretenden el amparo de los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia, presuntamente vulnerados por la **E.P.S SALUD TOTAL**.

RESEÑA FÁCTICA

Se indica en el escrito de tutela que la señora **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** se encuentra vinculada a la **EPS SALUD TOTAL**.

Que ha tenido dos embarazos ectópicos; uno de ellos en octubre de 2020 y como consecuencia le retiraron la trompa de falopio izquierda; y otro ocurrió en marzo de 2021, producto del cual debieron retirarle la trompa de falopio derecha.

Que en virtud de tales circunstancias, fue diagnosticada con infertilidad total.

Que el 04 de agosto de 2021 asistió a consulta ginecológica con el médico gineco obstetra Dr. Leonardo Daniel Fontalvo Pastor, a quien le solicitó el procedimiento de *fertilización in vitro*, pero éste le informó que no estaba incluido en el PBS, por lo que debía realizarlo de manera particular.

Que en consulta posterior en Profamilia, le fue indicado que solo mediante *fertilización in vitro* podría ser madre.

Que si en la EPS no le realizan ese procedimiento se estaría afectando su salud, pues queda sin terminar su tratamiento de fertilidad.

Que tal omisión les genera una afectación emocional, psicológica y de vida en pareja.

Que cumplen con los requisitos señalados en el artículo 4 de la Ley 1953 de 2019.

Que carecen de capacidad económica para sufragar el costo total del tratamiento y no pueden acceder a él por otro sistema o plan de salud, pero pueden costear una parte de los gastos.

Conforme a lo anterior, solicitan el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la **EPS SALUD TOTAL** practicar el procedimiento de *fertilización in vitro*, bajo los parámetros de la Ley 1953 de 2019, con parte de los gastos provenientes del gasto público y otra parte de su capacidad económica.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES:

La vinculada allegó contestación el 26 de mayo de 2022, en la que manifiesta que es función de la EPS, y no de la ADRES, la prestación de los servicios de salud, por lo que la presunta vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa entidad, configurándose una falta de legitimación en la causa por pasiva.

Que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación oportuna del servicio de salud de a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizarles la atención, ni retrasarla de forma que pongan en riesgo su vida o su salud con fundamento en la prescripción de servicios y tecnologías no cubiertas con el PBS con cargo a la UPC.

Que la *fertilización in vitro* fue analizada por la Corte Constitucional en Sentencia SU-074 de 2020, estableciendo que la generalidad es negar el procedimiento por estar fuera del PBS, pero que de manera excepcional pueden protegerse los derechos reproductivos de las personas y parejas con infertilidad, cumpliendo la totalidad de las condiciones enmarcadas en el artículo 4° de la Ley 1953 de 2019.

Conforme a lo anterior, solicita negar la acción de tutela en lo que respecta a esa entidad, así como ser desvinculada del presente trámite. Y que no se acceda a solicitudes de recobro por parte de la EPS, pues los servicios, medicamentos o insumos en salud se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos.

SALUD TOTAL E.P.S.:

La accionada allegó contestación el 02 de junio de 2022, en la que señala que **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** está afiliada en calidad de cotizante dependiente de las empresas NIXON CALAMBAS y CTA SERVICIO, bajo rango 2.

Que **ESTEBAN PINEDA IDARRAGA** registra afiliación como cotizante de la EPS SURA, en el régimen contributivo.

Que lo anterior evidencia que los accionantes cuentan con capacidad de pago para asumir el procedimiento y, en consecuencia, no hay lugar a acceder a la excepción de la financiación parcial que enuncia la Corte Constitucional en la Sentencia SU-074 de 2020.

Que realizó verificación completa y auditoria de la historia clínica de la accionante, y ésta ha recibido atención integral por los médicos tratantes de manera adecuada, oportuna y pertinente, sin que se hayan presentado barreras en el acceso a la salud.

Que verificada su base de datos, la accionante no cuenta con orden médica que fundamente su pretensión.

Que el procedimiento no cuenta con número de prescripción en el aplicativo MIPRES; ni existe orden médica que establezca la cantidad, frecuencia y duración, la edad de la pareja, su condición de salud, el tipo de infertilidad y el número de ciclos.

Que, al margen de ello, con el fin de generar seguimiento al cuadro clínico actual, programó valoración por ginecología con la Dra. Gloria María Montoya Palacio para el 03 de junio de 2022 a las 11:50 am, a efectos de determinar el plan terapéutico, teniendo en cuenta la Sentencia SU-074 de 2020.

Que es la **ADRES** y no los Jueces, la competente para verificar el cumplimiento de los requisitos para acceder a la financiación de la reproducción asistida.

Conforme a lo anterior, solicita negar la acción de tutela, debido a que no ha vulnerado los derechos fundamentales invocados por los accionantes, pues a la luz de la Sentencia SU-074 de 2020 corresponde a la **ADRES** determinar si es viable o no lo solicitado.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Con fundamento en los antecedentes expuestos, el Despacho se plantea el siguiente problema jurídico: ¿Es procedente la acción de tutela para amparar los derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia de **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** y **ESTEBAN PINEDA IDARRAGA** y, en consecuencia, ordenar a la **E.P.S. SALUD TOTAL** garantizarles la práctica del tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad *fecundación in vitro*?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCIÓN DE TUTELA.

De acuerdo con reiterada y uniforme jurisprudencia de la Corte Constitucional¹, en armonía con lo dispuesto por los artículos 86 de la Carta Política y 6º del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela es un mecanismo judicial, para la protección inmediata de los

¹ Sentencias T-228 de 2012 y T-177 de 2011. Ver también las Sentencias T-731, T-677, T-641 y T-426 de 2014; T-891, T-889, T-788 y T-736 de 2013; T-1074, T-1058, T-1047, T-932, T-928, T-778, T-703, T-699, T-452, T-358, SU-195 y T-001 de 2012; SU-339, T-531, T-649, T-655, T-693, T-710 y T-508 de 2011; T-354 de 2010; C-543 de 1992, entre otras.

derechos fundamentales, de carácter *subsidiario*, procede siempre que en el ordenamiento jurídico no exista otra acción idónea y eficaz para la tutela judicial de estos derechos.

La Alta Corporación ha reiterado que no siempre el juez de tutela es el primer llamado a proteger los derechos constitucionales, toda vez que su competencia es subsidiaria y residual; es decir, procede siempre que no exista otro medio de defensa judicial de comprobada eficacia, para que cese inmediatamente la vulneración². Entendida de otra manera, la acción de tutela se convertiría en un escenario de debate y decisión de litigios, y no de protección de los derechos fundamentales³.

Así las cosas, se puede indicar que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad de la acción de tutela, resulta improcedente cuando es utilizada como mecanismo alternativo de los medios judiciales ordinarios de defensa previstos por la ley. Sin embargo, en los casos en que existan medios judiciales de protección ordinarios al alcance del actor, la acción de tutela será procedente si el juez constitucional logra determinar que:

(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 el amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, el actor se vería frente a la ocurrencia inminente de un perjuicio irremediable frente a sus derechos fundamentales; y, **(iii)** El titular de los derechos fundamentales amenazados o vulnerados es sujeto de especial protección constitucional.

La jurisprudencia constitucional, al respecto ha indicado, que el perjuicio ha de ser **inminente**, esto es, que la amenaza está por suceder prontamente; las medidas que se requieren para conjurar el perjuicio irremediable han de ser **urgentes**; no basta cualquier perjuicio, se requiere que este sea **grave**, lo que equivale a una gran intensidad del daño o menoscabo material o moral en el haber jurídico de la persona; la urgencia y la gravedad determinan que la acción de tutela sea **impostergable**, ya que tiene que ser adecuada para restablecer el orden social justo en toda su integridad⁴.

De igual forma, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a la informalidad del amparo constitucional, el actor debe exteriorizar y sustentar los factores a partir de los cuales pretenda derivar el perjuicio irremediable, ya que la simple afirmación de su acaecimiento hipotético es insuficiente para justificar la procedencia la acción de tutela. Así se pronunció la Corte, sobre el punto:

² Sentencia T-753 de 2006.

³ Sentencia T-406 de 2005.

⁴ Sentencias T-136, T-331 y T-660 de 2010; T-147, T-809 y T-860 de 2009; T-409 y T-629 de 2008; T-262 y T-889 de 2007; T-978 y T-1017 de 2006; T-954 y T-1146 de 2005; providencias en las que la Corte declaró la improcedencia de la acción de tutela por la no ocurrencia del perjuicio irremediable.

“En concurrencia con los elementos configurativos que llevan a determinar que se está en presencia de un perjuicio irremediable, este Tribunal ha sostenido que, para que proceda la tutela como mecanismo de defensa transitorio, se requiere también verificar que dicho perjuicio se encuentre probado en el proceso. Sobre este particular, ha expresado la Corte que el juez constitucional no está habilitado para conceder el amparo transitorio, que por expresa disposición constitucional se condiciona a la existencia de un perjuicio irremediable, si el perjuicio alegado no aparece acreditado en el expediente, toda vez que el juez de tutela no está en capacidad de estructurar, concebir, imaginar o proyectar, por sí mismo, el contexto fáctico en el que ha tenido ocurrencia el presunto daño irreparable.

La posición que al respecto ha adoptado esta Corporación, reiterada en distintos fallos, no deja duda de que la prueba o acreditación del perjuicio irremediable es requisito fundamental para conceder el amparo. Por ello, ha señalado la Corte⁵ que quien promueva la tutela como mecanismo transitorio, no le basta con afirmar que su derecho se encuentra sometido a un perjuicio irremediable. Es necesario, además, que el afectado “explique en qué consiste dicho perjuicio, señale las condiciones que lo enfrentan al mismo y aporte mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar la existencia del elemento en cuestión”⁶.

En consonancia con lo anterior, la procedencia de la acción de tutela depende de la observancia estricta del principio de subsidiariedad, *“como quiera que este se encuentra ordenado a garantizar importantes principios de la función jurisdiccional, y asegura el fin contemplado por el artículo 86 de la Carta, que no es otro que el de brindar a la persona garantías frente a sus derechos constitucionales fundamentales. En este orden de ideas, en los casos en los que no sea evidente el cumplimiento de este principio, la tutela deberá ser declarada improcedente”*⁷.

JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD Y TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La Corte Constitucional ha estudiado diversos casos que involucran la garantía de derechos reproductivos a través de tratamientos de fertilidad, prestaciones que, en la mayoría de los casos no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud. Sin embargo, por vía jurisprudencial se ha accedido a este tipo de procedimientos de forma progresiva, al punto de haberse garantizado por vía de tutela, en algunos casos, la práctica de tratamientos como la *fertilización in vitro*, previo el cumplimiento de ciertos requisitos.

En ese orden, la Corte ha acogido dos posturas diferentes en relación con la garantía de tratamientos de reproducción asistida, las cuales se encuentran en diversas providencias emitidas con anterioridad a la expedición de la Ley 1953 de 2019, *“Por medio de la cual se*

⁵ Sentencia T-290 de 2005.

⁶ Sentencia T-436 de 2007.

⁷ Sentencia T-649 de 2011.

establecen 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 la **primera** posición⁸, la Corte ha considerado que, por regla general, los tratamientos de reproducción asistida no deben ser garantizados mediante la acción de tutela porque:

“(i) Las patologías cuya protección se reclama no ponen en peligro la salud, la vida, la dignidad o la integridad. Por ende, se justifica la negación de tales procedimientos por hallarse encaminados únicamente a la procreación y no al restablecimiento de la salud;

(ii) El derecho a la procreación implica únicamente un deber de abstención del Estado en lugar de una acción positiva;

(iii) No puede obligarse al Estado a garantizar la maternidad biológica cuando las circunstancias fisiológicas no permiten su goce, por cuanto se trata de una prestación que únicamente puede ser concedida por el Legislador;

(iv) Las personas o parejas con infertilidad pueden acudir a la adopción como alternativa para satisfacer su deseo de conformar una familia y proyectarse vitalmente en su descendencia;

(v) Se trata de tratamientos que no están incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (y anteriormente estaban excluidos del Plan Obligatorio de Salud).

(v) Los recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud son escasos y deben ser priorizados. En tal sentido, se deben destinar tales fondos a la atención de patologías y enfermedades que ameriten un riesgo para la vida antes que garantizar el derecho a la procreación, pues el alto costo de este tipo de tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de otras prestaciones prioritarias.

Sin embargo, de forma excepcional ha admitido la procedencia de la acción de tutela para autorizar tratamientos de fertilidad que no se encuentran incluidos en el PBS: (i) cuando se busca garantizar el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud⁹; o (ii) cuando de la práctica del procedimiento de fertilidad dependen los derechos fundamentales a la vida, a la salud y a la integridad personal del paciente. Este último supuesto se ha concretado en tres casos: (a) en la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad¹⁰, (b) para el suministro de medicamentos¹¹; y (c) cuando la infertilidad es un síntoma o consecuencia de otro tipo de patologías, caso en el cual, la tutela para garantizar el tratamiento de tales padecimientos combate, de forma indirecta, la infertilidad.

En la **segunda** posición¹², la Corte ha admitido excepcionalmente la garantía de tratamientos de reproducción asistida cuando, a partir de un análisis basado en otras

⁸ Sentencias T-1104 de 2000, T-689 de 2001, T-946 de 2002, T-512 de 2003, T-752 de 2007, T-760 de 2008, T-424 de 2009, T-311 de 2010, T-550 de 2010, T-633 de 2010, T-935 de 2010, T-009 de 2014, T-398 de 2016, T-316 de 2018, entre otras.

⁹ Sentencias T-572 de 2002, T-644 de 2010

¹⁰ Sentencias T-636 de 2007 y T-946 de 2007

¹¹ Sentencia T-870 de 2008

¹² Sentencias T-528 de 2014, T-274 de 2015, T-306 de 2016, T-375 de 2016, T-126 de 2017, T-377 de 2018 y T-337 de 2019

garantías constitucionales, distintas del derecho a la salud, como los derechos reproductivos, la libertad, la autonomía, la igualdad, el libre desarrollo de la personalidad y el derecho a conformar una familia, se concluye que la imposibilidad de acceder al tratamiento de fertilidad implica una vulneración de estos derechos fundamentales.

Cabe resaltar que, en el desarrollo de esta línea jurisprudencial, en lo que atañe a los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad (*fertilización in vitro*), la Corte hasta el año 2015 negó su autorización, salvo en los casos en los que tenía como propósito la garantía de continuidad en la prestación del servicio de salud. Sin embargo, a partir de la Sentencia T-274 de 2015¹³ se han autorizado técnicas de reproducción asistida con base en la posible afectación de derechos fundamentales distintos de la salud; de manera que, la mayoría de los pronunciamientos recientes (i) han enfatizado en la necesidad de proteger tales garantías siempre y cuando se cumplan una serie de condiciones y requisitos, en el marco del respeto por los principios que rigen el Sistema de Salud; y (ii) han exigido que los accionantes realicen un aporte económico para contribuir a la financiación de los tratamientos de reproducción asistida que solicitan.

No obstante, dada la importancia del tema y en atención a las numerosas decisiones adoptadas por las Salas de Revisión que se han pronunciado en distintos sentidos, la Sala Plena de la Corte Constitucional decidió unificar su jurisprudencia en materia de acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (*fertilización in vitro*) con cargo a recursos públicos, a través de la Sentencia **SU-074 de 2020** “*con el propósito de determinar con claridad los criterios y pautas que deben seguir, tanto los jueces de tutela como las autoridades administrativas cuando las personas soliciten dichos procedimientos de fertilidad*”.

En dicha providencia, se estableció que los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (*procedimientos de fertilización in vitro*) se encuentran relacionados con la protección efectiva de varios derechos constitucionales, tanto en su faceta inmediata como en la prestacional.

La primera se satisface mediante la ausencia de prohibición o interferencia por parte del Estado y la garantía de: (i) un diagnóstico adecuado de la infertilidad; y (ii) los tratamientos para superar esta condición que se encuentran incluidos en los planes obligatorios de salud; mientras que la segunda se refiere al acceso de las técnicas de reproducción asistidas de alta complejidad y se encuentra sujeta al *principio de progresividad y no regresividad*.

¹³ Primera Sentencia en la que la Corte Constitucional ordenó la práctica de tratamientos de fertilización in vitro.

Por tal motivo, la Corte estableció que la exclusión sin excepciones de todas las personas y parejas con infertilidad en el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad (*fertilización in vitro*) genera un *déficit de protección* para sus derechos fundamentales, toda vez que:

“(i) se obstaculiza el desarrollo de su proyecto de vida, por la dificultad para concebir hijos biológicos sin tener acceso a una adecuada asistencia científica para tal propósito (afectando el derecho fundamental a la dignidad humana);

(ii) se afectan sus derechos reproductivos y, por lo tanto, los derechos a la autonomía reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad, a la igualdad, a la vida privada y familiar y a conformar una familia, por la imposibilidad para quienes carecen de recursos económicos de optar libremente por la alternativa de la procreación con asistencia científica en el ámbito del derecho reproductivo a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre sus nacimientos; y

(iii) se amenaza su derecho a la salud, debido a los posibles efectos negativos de la infertilidad sobre el bienestar psicológico de las personas con dicha condición clínica.”

Pese a ello, la Corte fue enfática al establecer que la posibilidad de financiar de manera completa y en todos los casos los tratamientos de *fertilización in vitro* con cargo a los recursos del Sistema de Salud, sería contraria a las disposiciones contenidas en la Ley 1953 de 2019, en la que claramente se determinó que el acceso a estas prestaciones con cargo a recursos públicos se encuentra sujeto al cumplimiento de una serie de requisitos.

Además, porque la financiación total y general de tales tratamientos resultaría desproporcionada, en tanto que: (i) no se encuentran incluidos en el PBS UPC; (ii) el impacto fiscal respecto de los procedimientos y medicamentos en general que ocasionaría la inclusión plena e inmediata de las técnicas de reproducción asistida sería significativo; (iii) los recursos del SGSSS son limitados y deben atender primordialmente a las necesidades y prioridades de salud; y (iv) el SGSSS debe garantizar los principios de solidaridad, universalidad, sostenibilidad financiera del sistema y eficiencia.

Sobre este particular, la Corte señaló que, como la faceta prestacional de los derechos reproductivos busca garantizar la realización de derechos distintos al de la salud, no podría financiarse la totalidad de la prestación con los recursos del SGSSS.

En consecuencia, concluyó la Corte que, en virtud de lo previsto por la Ley 1953 de 2019, en circunstancias excepcionales (*situaciones límite*), en las cuales los derechos fundamentales se encuentren especialmente vulnerados o amenazados y dicha afectación se encuentre efectivamente acreditada, se debe garantizar, con cargo a recursos públicos, la **financiación parcial** de los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad requeridos por las personas o parejas con infertilidad, previo el cumplimiento de los requisitos que se establezcan para tal fin.

Valga aclarar, que en la aludida providencia la Corte precisó que el ámbito de las decisiones allí adoptadas únicamente contemplaba los tratamientos de reproducción humana asistida de alta complejidad, es decir, el procedimiento de *fertilización in vitro* (que pueden incluir la técnica de inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI))¹⁴, que fueron estudiados mediante el AIF¹⁵ elaborado por el Instituto de Evaluación Tecnológica en Salud (IETS) y aportado como prueba por el Ministerio de Salud y Protección Social dentro del trámite de revisión de las cinco acciones de tutela estudiadas en esa Sentencia, en las cuales era precisamente la garantía de dicho procedimiento el que se encontraba en discusión.

REGLAS JURISPRUDENCIALES QUE PERMITEN GARANTIZAR EL ACCESO A TRATAMIENTOS DE FERTILIZACIÓN IN VITRO (SU-074 DE 2020)

La Ley 1953 de 2019 fijó los parámetros normativos que rigen el acceso a los tratamientos de reproducción asistida y su objeto consiste en establecer los lineamientos para el desarrollo de una política pública de prevención y tratamiento de la infertilidad.

El artículo 4º ordenó al Ministerio de Salud y Protección Social reglamentar el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o terapias de reproducción asistida (TRA) en el plazo de un año a partir del establecimiento de la política pública de infertilidad, conforme a los lineamientos técnicos para garantizar el derecho con recursos públicos, bajo el enfoque de derechos sexuales y derechos reproductivos contenidos en el modelo del Plan Decenal de Salud Pública, cumpliendo con los siguientes criterios:

- 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.*

¹⁴ Conforme a lo analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-074 de 2018, "El tratamiento de fertilización in vitro "consiste en la obtención de gametos masculinos y femeninos para que la fecundación tenga lugar fuera del organismo de la mujer (in vitro) al poner en contacto tales células en el laboratorio.]] Por su parte, la técnica ICSI consiste en intervenir aún más activamente sobre el proceso de la fecundación, mediante la introducción de un espermatozoide en cada ovocito.]] El procedimiento de fecundación in vitro se realiza mediante ciclos de fertilización. Un ciclo es el término utilizado para definir un tratamiento de fecundación in vitro completo, que debe incluir un episodio de estimulación ovárica y la transferencia de los embriones frescos y congelados resultantes.]] Cada ciclo de FIV implica varios pasos y cada uno se produce en un momento específico durante un período de aproximadamente seis semanas.]] Las terapias de reproducción asistida FIV se consideran de alta complejidad y requieren personal especializado y de infraestructura y equipamientos apropiados. Generalmente se compone de cinco fases: la estimulación ovárica, la aspiración folicular, la selección de la muestra y la capacitación espermática, la fertilización in vitro/inyección intracitoplasmática y la transferencia de embriones. Estas fases van acompañadas del seguimiento a la evolución del tratamiento en cada una de ellas."

¹⁵ "Análisis de impacto fiscal de las técnicas de reproducción asistida de inseminación artificial homóloga y heteróloga y fecundación in vitro/micro-inyección intracitoplasmática espermática para población infértil en Colombia".

Contra la Ley 1953 de 2019 el Gobierno Nacional presentó en su momento objeciones de inconstitucionalidad, las cuales fueron declaradas infundadas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-093 de 2018 y, en consecuencia, declaró su exequibilidad, en tanto la misma (i) no implica la inclusión de las técnicas de reproducción asistida en el PBS con cargo a la UPC, (ii) el acceso a dichos procedimientos no puede considerarse como la regla general, de modo que no tiene eficacia directa sobre todos los afiliados, y sólo se otorgarán como mecanismo de protección individual cuando el usuario haya acreditado el cumplimiento de los requisitos establecidos por las normas legales y reglamentarias; y (iii) porque corresponde al Gobierno Nacional determinar la fuente presupuestal que asumirá la prestación de las TRA, teniendo en cuenta que dicha fuente no puede afectar la UPC.

En ese orden, el Ministerio de Salud y Protección Social es la autoridad responsable de regular y gestionar el acceso a los procedimientos de *fertilización in vitro*, pues le corresponde la función de regular las prestaciones, servicios y tecnologías en salud. Esta reglamentación está sujeta al establecimiento de la política pública de infertilidad ordenada por la Ley 1953 de 2019, la cual debía ser dictada dentro de los 6 meses posteriores a su promulgación, conforme al artículo 3º, y que efectivamente se adoptó por el Ministerio mediante Resolución No. 228 del 20 de febrero de 2020.

Sin embargo, a la fecha, no se ha dictado el acto administrativo regulando el acceso a los tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad con cargo a recursos públicos.

Por lo anterior, se hace necesario acudir a la Sentencia **SU-074 de 2020**, en la que se indica que, durante el lapso que le tome al Gobierno reglamentar la Ley 1953 de 2019, no pueden tornarse nugatorios los derechos de las personas y parejas con infertilidad; y, en consecuencia, estableció las *reglas jurisprudenciales* que permiten garantizar el acceso a tratamientos de *fertilización in vitro* de manera provisional, como quiera que la protección y garantía de los derechos fundamentales no puede estar sujeta a la existencia de un acto administrativo que precise su reconocimiento y aplicación.

Dichos lineamientos provisionales establecidos por la Corte Constitucional, están orientados a desarrollar los requisitos previstos por el legislador en el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019 (numeral 1) mientras se expide la reglamentación por el órgano competente.

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 de 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” infértil¹⁶:** 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

¹⁶ El artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 hace referencia a la “pareja” infértil. No obstante, la Corte precisa que este término debe entenderse como extensivo a personas y parejas con infertilidad.

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.”

Sobre este requisito, la Corte advirtió que la capacidad económica debe valorarse a partir del criterio de *gastos soportables*, 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, en aplicación del principio de proporcionalidad; esto es, que, de asumirse el costo de los servicios médicos por parte del usuario, no se afecten otros derechos de forma desproporcionada. En todo caso, se puntualizó que los solicitantes deben realizar cierto aporte para financiar, así sea en una parte, los tratamientos de *fertilización in vitro* que sean autorizados, y el monto obedecerá a su capacidad de pago, sin que se vea afectado su mínimo vital.

(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:** 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)¹⁷. Además, se estima necesario que a los pacientes no se les haya practicado previamente un procedimiento de fertilización in vitro.”

Aunado a los anteriores presupuestos, la Corte consideró necesaria una condición adicional: 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 tal requisito debe establecerse con fundamento en “*circunstancias objetivas, verificables y graves*” de afectación, por lo que los solicitantes de la financiación parcial del procedimiento deben demostrar, si quiera de forma sumaria, que la vulneración o amenaza presenta esas características. Para tales efectos, la Corte determinó 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

¹⁷ Según lo indicado por la Corte, 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, conocida como infertilidad secundaria, y aquellas que nunca los han concebido, llamada infertilidad primaria.

*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.”*

Así entonces, es deber de 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.

Respecto de la entidad encargada de verificar el cumplimiento de los requisitos del artículo 4° de la Ley 1953 de 2019 (y la Sentencia SU-074 de 2020), hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social dicte la regulación y defina la autoridad que debe evaluar que se acrediten tales condiciones, la Corte señaló que se trata de la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES**, al ser la competente para verificar los aspectos relativos al reconocimiento y pago de distintos conceptos, entre los cuales es posible incluir los tratamientos y prestaciones que, pese a no garantizarse con cargo a la UPC, deben sufragarse parcialmente con recursos públicos, como es el caso de los tratamientos de reproducción asistida.

Tal determinación fue adoptada por la Corte, primero, porque asignarle la competencia al Juez para que en todos los casos decida sobre la viabilidad de garantizar tratamientos de reproducción asistida ocasionaría congestión en la administración de justicia, en la medida en que se trata de un **mecanismo constitucional subsidiario** que, en principio, debe ser agotado cuando no existan otros medios judiciales de defensa idóneos. Y, segundo, porque el hecho de que una sola autoridad administrativa a partir de un mecanismo centralizado defina en cuáles casos es procedente la financiación parcial y excepcional de tratamientos de *fertilización in vitro*, garantiza de la mejor manera posible el principio de igualdad.

Bajo ese entendido y aplicando las reglas jurisprudenciales con las que deben interpretarse y aplicarse los requisitos del artículo 4° de la Ley 1953 de 2019, la Corte estableció el **procedimiento** que debe seguirse para el acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad, se itera, hasta tanto el Ministerio de Salud y Protección Social expida la reglamentación correspondiente a este tema, el cual se compone 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.

El anterior trámite debe tener en cuenta la totalidad de precisiones con las que deben interpretarse y aplicarse los requisitos del artículo 4º de la Ley 1953 de 2019, definidos en la Sentencia SU-074 de 2020 y que en esa providencia fueron citados líneas atrás.

CASO CONCRETO

MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR y **ESTEBAN PINEDA IDARRAGA** interponen acción de tutela en contra de la **E.P.S. SALUD TOTAL**, solicitando el amparo de sus derechos fundamentales sexuales y reproductivos, a la dignidad humana, a la autonomía, a la igualdad, al libre desarrollo de la personalidad y a conformar una familia y, en consecuencia, solicitan se ordene a la accionada practicar el procedimiento de *fertilización in vitro*, bajo los parámetros de la Ley 1953 de 2019 y el modelo de financiación parcial.

Teniendo en cuenta los antecedentes anotados en esta providencia, el Despacho considera que en este caso no se cumple el requisito de **subsidiariedad** para que la controversia surgida entre las partes se ventile por medio de la acción de tutela, por las razones que se pasan a exponer:

Como se esbozó en el marco normativo, para la procedencia del mecanismo constitucional es imprescindible acreditar que no se cuenta con otros medios de defensa judicial, o que, teniéndolos, éstos no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales, pudiéndose configurar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Lo anterior, como quiera que la acción de tutela ha sido establecida como un mecanismo de protección residual y subsidiario que no puede utilizarse para revivir términos, como último recurso de defensa judicial o como una instancia adicional para proteger los derechos fundamentales presuntamente vulnerados¹⁸.

Particularmente, en relación con lo pretendido por los accionantes, esto es, la práctica del tratamiento de reproducción humana asistida de alta complejidad *fecundación in vitro*,

¹⁸ Sentencia T-032 de 2011

existe un procedimiento *ordinario* establecido por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-074 de 2020 que debe seguirse dentro del Sistema de Salud, mientras el Ministerio de Salud y Protección Social reglamenta el artículo 4º de la Ley 1953 de 2019.

Ahora, en lo relativo a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, considera el Despacho que no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración.

Sin embargo, ni en los hechos ni en las pruebas, se evidencia que los actores hubieran acudido a dicho procedimiento para lograr la práctica del tratamiento de *fertilización in vitro*, sino que consideraron prioritario acudir a la acción de tutela, frente a lo cual se debe decir que, prescindir del mecanismo ordinario comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

En efecto, el procedimiento previsto por la Corte Constitucional se compone de tres pasos:

En **primer lugar**, se requiere que el procedimiento de *fertilización in vitro* hubiera sido ordenado por el médico tratante, a través del aplicativo MIPRES. El concepto médico debe ser **favorable** y puede ser emitido:

- (i) Por el médico especialista adscrito a la EPS a la cual esté afiliada la paciente; o
- (ii) Por un médico particular, no vinculado a la EPS, caso en el cual es necesario que:
 - (a) ese profesional esté vinculado a una IPS legalmente habilitada; (b) que la EPS conozca la historia clínica particular, 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; y (c) la EPS conforme 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.

En todo caso, cuando la decisión del médico adscrito a la EPS o del grupo interdisciplinario de especialistas sea **negativa**, puede 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.

Ese concepto médico favorable o de viabilidad debe verificar y certificar el cumplimiento de los siguientes requisitos:

(i) **Edad**, esto es, que la persona o pareja infértil se encuentre(n) en un rango de edad en el cual sea viable el tratamiento de *fertilización in vitro*.

(ii) **Condiciones de salud** de la persona o pareja infértil, relativo a que se hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad y que los mismos no hayan dado resultado. En ese orden, se deben detallar (a) las condiciones específicas de la paciente y sus circunstancias de salud y (b) los tratamientos, medicamentos y prestaciones que se han intentado para superar la infertilidad de los pacientes en cada caso concreto; así como 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.

(iii) **Número de ciclos** que deban realizarse conforme a la pertinencia médica y condición de salud, así como su **frecuencia**, teniendo en cuenta que, por disposición de la Corte Constitucional, 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.

(iv) **Tipo de infertilidad** para acceder a los tratamientos de *fertilización in vitro*, es necesario que la persona solicitante presente infertilidad primaria, esto es, que no haya tenido previamente hijos (sean estos procreados naturalmente, concebidos con asistencia científica o adoptivos); además, que a la paciente no se le haya practicado previamente un procedimiento de fertilización in vitro.

En **segundo lugar**, una vez se cuente con el concepto médico, 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; determinaciones para las cuales la entidad deberá igualmente tener en cuenta las precisiones realizadas en la Sentencia SU-074 de 2020.

Y en **tercer lugar**, una vez la **ADRES** cuente con ese segundo concepto deberá remitirlo 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.

En el caso objeto de estudio, conforme a las historias clínicas aportadas, se avizora que la señora **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** ha sido diagnosticada con *infertilidad femenina de origen tubárico*, producto de dos embarazos ectópicos, izquierdo y derecho, en virtud de

los cuales debió someterse a dos laparotomías para *salpingectomías* en octubre de 2020 y marzo de 2021.

Así mismo, se evidencia historia clínica de una consulta médica de control de fecha 04 de agosto de 2021¹⁹, realizada por el médico gineco obstetra tratante, Dr. Leonardo Fontalvo Pastor, donde se indica que la paciente acudió “*solicitando procedimiento de fertilización in vitro*”. En esta oportunidad, el médico registró como plan de estudio y manejo, el siguiente:

“Plan de Estudio y Manejo: ALTA MEDICA DEL SERVICIO DE GINECOLOGÍA.

Comentarios: PACIENTE DE 34 AÑOS POST-QUIRÚRGICO DE SALPINGECTOMÍA DERECHA POR EMBARAZO ECTOPICO ROTO HACE 4 MESES APROXIMADAMENTE INTERVENIDA QUIRURGICAMENTE EN HOSPITAL SAN JOSE. EN EL MOMENTO CON INFERTILIDAD SECUNDARIA A SALPINGECTOMÍA BILATERAL POR EMBARAZOS ECTOPICOS ROTOS BILATERALES EN TIEMPOS DIFERENTES. ANTE EL DESEO DE EMBARAZO Y SOLICITAR PROCEDIMIENTO DE INFERTILIDAD (FERTILIZACIÓN IN VITRO) SE LE EXPLICA QUE ESE PROCEDIMIENTO NO ESTA INCLUIDO EN EL PLAN BASICO DE SALUD, POR LO TANTO, ES UN PROCEDIMIENTO QUE DEBE REALIZARSE DE MANERA PARTICULAR, AUNQUE LOS ESTUDIOS DIAGNOSTICOS PREVIOS AL PROCEDIMIENTO SI ESTAN ALGUNOS SI ESTAN INCLUIDOS EN EL PLAN BASICOS (sic) DE SALUD.” (Subrayas fuera del texto)

Posteriormente, el 24 de septiembre de 2021²⁰, la accionante acudió a consulta de fertilidad por ginecólogo con la Dra. Carolina Rubio, especialista infertólogo, en Profamilia, quien en la historia clínica únicamente registró como plan de manejo: “*SS ESPERMOGRAMA, SE HABLA DE FIV ICSI, SE EXPLICA PROCEDIMIENTO COSTOS E INFECCIOSOS*”.

Como se puede observar, ninguno de los médicos a los que acudió la accionante emitió el concepto médico favorable, certificando la viabilidad del procedimiento de *fertilización in vitro*, así como el cumplimiento de los requisitos de edad, condiciones de salud, número de ciclos, frecuencia y tipo de infertilidad, que compone el primer paso del procedimiento previsto por la Corte Constitucional en la Sentencia SU-074 de 2020.

En otras palabras, los accionantes no acreditan que para el momento en que se presentó la acción de tutela hubieran iniciado el procedimiento, pues no contaban siquiera con la prescripción médica emitida por el médico tratante adscrito a la **E.P.S. SALUD TOTAL**, o por uno particular, con el lleno de los requisitos de la Sentencia SU-074 de 2020.

Ahora bien, se observa que durante el trámite constitucional, la accionada informó que “*con el fin de generar seguimiento frente al cuadro clínico actual*” de la señora **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR**, le programó valoración por ginecología con la Dra. Gloria María

¹⁹ Páginas 28 y 29 del archivo pdf “001. AcciónTutela”

²⁰ Páginas 34 a 36 ibidem

Palacio Montoya para el día 03 de junio de 2022 a las 11:50 a.m. en la unidad de atención VS UMEQ CALLE 100, ubicada en la CRA 48 No. 98-81, consulta en la que se determinaría el “*plan terapéutico frente a las solicitudes de la (accionante) teniendo en cuenta la SENTENCIA 074 DE 2020.*”²¹

A fin de corroborar lo anterior, el Juzgado estableció comunicación telefónica con la señora **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** el día 03 de junio de 2022, quien frente a lo indagado corroboró tener conocimiento de la programación de la cita de valoración por ginecología y manifestó estarse dirigiendo a la misma.

Lo anterior, reafirma el hecho de que previo a acudir al presente mecanismo constitucional, los accionantes no habían iniciado el procedimiento de tres pasos previsto en la Sentencia SU-074 de 2018, lo que evidencia que la acción de tutela se está usando como sustituto de dicho procedimiento, lo cual desconoce su naturaleza residual y subsidiaria.

En ese orden, los accionantes habrán de someterse a los términos del procedimiento establecido por la Corte Constitucional, y que ya fue reseñado, al ser éste el mecanismo principal con que cuentan para obtener el tratamiento de reproducción humana asistida.

En este punto, importa poner de presente que, dependiendo de los resultados de la valoración realizada el día 03 de junio de 2022 por el médico tratante, los accionantes cuentan con la posibilidad de continuar el procedimiento administrativo para obtener el tratamiento, según lo señalado en la Sentencia SU-074 de 2020.

En efecto, de haberse emitido el concepto médico *favorable* con el lleno de los requisitos, lo procedente será acudir al segundo paso del procedimiento, relativo a remitir copia a la **ADRES**, para que sea esta entidad quien determine el cumplimiento de los presupuestos 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 a la salud.

En caso contrario, de contar con concepto médico *negativo*, los accionantes cuentan con la posibilidad de discutir tal decisión ante la Junta de Profesionales de la Salud de la IPS a la cual se encuentre vinculado el médico que emitió el concepto. Así mismo, en caso de que exista una negativa por parte de dicha Junta, podrán acudir a un médico particular y, en el evento en que éste ordene el procedimiento, la E.P.S. deberá conformar un grupo interdisciplinario de médicos especialistas que, luego de evaluar las condiciones específicas de la paciente, justifique o descarte científicamente la viabilidad del procedimiento.

²¹ Página 6 del archivo pdf “012. ContestaciónSaludTotal”

En conclusión, en el caso concreto existe una vía idónea, a saber, el procedimiento administrativo dispuesto en la Sentencia SU-074 de 2020, con el que cuentan los accionantes para obtener la autorización y realización del tratamiento de *fertilización in vitro*, el cual aún no ha sido agotado, e incluso, al momento de presentarse la acción de tutela, no se había iniciado; por lo que no es dable atribuir a la E.P.S. la vulneración de los derechos fundamentales invocados, pues ésta no ha desconocido, dilatado, ni negado el procedimiento que deben seguir los accionantes, y cuyo cumplimiento es indispensable para generar en la E.P.S. la obligación de garantizar la prestación del tratamiento.

En consecuencia, los accionantes deberán acudir al procedimiento previsto en el ordenamiento jurídico para obtener el tratamiento médico pretendido, pues la acción de tutela resulta improcedente por no satisfacer el requisito de subsidiariedad.

Finalmente, se desvinculará del presente trámite a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES**, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **MAYRA VIVIANA MEJÍA BOLÍVAR** y **ESTEBAN PINEDA IDARRAGA** en contra de la **E.P.S. SALUD TOTAL**, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDA: DESVINCULAR a la **ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES**, por falta de legitimación en la causa.

TERCERO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

CUARTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ