

Sentencia T-935/10

TRATAMIENTO DE FERTILIZACION IN VITRO-Regulación legal y línea jurisprudencial sobre improcedencia/FERTILIZACION IN VITRO-Autorización supone limitación de otros servicios de salud y de la libertad de configuración normativa

PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y TRATAMIENTO DE FERTILIDAD-Casos en que procede excepcionalmente por vía constitucional

La Corte ha identificado varias excepciones a efectos de conceder el tratamiento de fertilidad de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio o, cuando la afección no es originaria sino que se deriva de otros problemas de salud que, en sí mismos, hacen viable la intervención del juez de tutela. En tal sentido ha señalado tres casos mediante los cuales se debe conceder el tratamiento por existir circunstancias adicionales que justifican que no se aplique la regla, (i) procede la protección cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado), (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad) y (iii) cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer.

ACCION DE TUTELA-Improcedencia por cuanto el caso de la accionante no se encuentra en las excepciones que ha desarrollado por jurisprudencia esta Corporación

Referencia: expediente T-2.674.142

Acción de tutela presentada por Gladis Astrid Chavarría Zapata contra Susalud EPS y Prepagada Sura.

Magistrado Ponente:

Dr. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de noviembre de dos mil diez (2010).

## SENTENCIA

En el trámite de revisión de las decisiones adoptadas por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Medellín el veintiséis (26) de febrero de dos mil diez (2010) y el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín el nueve (9) de abril de dos mil diez (2010).

### I. ANTECEDENTES.

La señora Gladis Astrid Chavarría Zapata considera que se le han vulnerando sus derechos fundamentales a la seguridad social, a la salud, a la vida, a la integridad personal y a la familia teniendo en cuenta los siguientes hechos y pretensiones:

1.- Indica la accionante que tiene treinta y tres (33) años de edad, manifiesta que es beneficiaria del régimen contributivo de salud, en calidad de beneficiaria de su compañero permanente desde hace aproximadamente diez (10) años.

2.- Afirma que desde el dos mil ocho (2008) se encuentra con su compañero permanente en proceso de ser padres, sin acudir a ningún método anticonceptivo, pero no ha sido posible quedar en embarazo. Por tal razón se ha realizado una serie de exámenes que han sido cubiertos por la prepagada Suramericana S.A., a la que se encuentra inscrita. Manifiesta que el médico ginecólogo le inicio un tratamiento de fertilidad mediante aumento de la ovulación pero no le ha sido posible concebir.

3.- Manifiesta que la IPS Salud Sura Industriales el primero (1) de febrero de la presente anualidad le ordenó una laparoscopia, pero la Institución de Salud le negó la autorización bajo el argumento de que se trata de un problema de fertilidad, que no se encuentra cubierto por el POS. Considera que dicha negativa afecta a su vida e integridad personal pues se encuentra en incertidumbre si tiene o no problemas físicos para ser madre, mientras que su reloj biológico avanza sin tener certeza de que puede hacer en este caso.

4.- Solicita se tutelen los derechos fundamentales a la vida a la integridad personal y a la familia que considera vulnerados con la negativa de autorización de practicarle la laparoscopia, examen necesario para determinar una posible enfermedad que le impide procrear. Pide se ordene a SUSALUD MEDICINA PREPAGADA Y POS le brinde la atención

integral en el diagnóstico y atención de la posible enfermedad que pudiere llegar a tener. Por último, insta que se faculte a Susalud POS para exigir al Fosyga el pago de las sumas de dinero excepcionales en que se incurra por la prestación de servicios integrales de salud.

3. Intervención de la entidad demandada.

3.1. EPS y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. antes SUSALUD EPS.

Mediante escrito dirigido el 23 de febrero de 2010, EPS y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., antes SUSALUD EPS, actuando por intermedio del representante legal judicial sucursal Medellín, solicitó al juez constitucional declarar la improcedencia de la tutela porque la petición de la accionante (LAPAROSCOPIA PARA TRATAMIENTO DE INFERTILIDAD) se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud, siendo prudente estudiar por el Comité Técnico Científico, a efectos de considerar la posibilidad de brindar la prestación solicitada, ya que según las Resoluciones 3099 y 3754 de 2008 del Ministerio de Protección Social es deber del usuario y la EPS tramitar ante el Comité todas las solicitudes de servicio NO POS, donde la solicitud que haga parte el accionante, le da la posibilidad para que el Comité estudie la prestación no POS que le fue ordenada y en el caso que cumpla los presupuestos legales le sea reconocido mediante acta.<sup>1</sup>

La entidad accionada señaló además que la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud en EPS SURA, como cotizante “inactiva”, tiene 358 semanas cotizadas al sistema y tiene derecho por grupo familiar.

Sostuvo que en materia del derecho a la salud, los precedentes constitucionales han determinado que, por regla general, los servicios o prestaciones no cubiertas por el POS referentes al tratamiento de fertilidad por tutela no procede puesto que, en el caso de la accionante, no se encuentra en juego su vida o integridad y no es indispensable para que pueda vivir dignamente, sumado a que la configuración constitucional del derecho a la maternidad no genera la obligación estatal de proteger la maternidad asistida

3.2. EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A.

Por escrito dirigido el 23 de febrero de 2010, EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A., actuando por intermedio del representante legal, solicitó negar por improcedente la

acción de tutela, por cuanto considera que no vulneró derecho fundamental alguno a la accionante, al considerar que no es posible equiparar el plan obligatorio de salud, los contratos de medicina prepagada y los contratos de seguros de salud, toda vez que la normatividad aplicable para cada caso es distinta. Para el caso de la accionante la condición establecida en el capítulo 5, numeral 14 se establece claramente como exclusión del contrato celebrado el “estudio y tratamiento de infertilidad”.

Considera que en caso hipotético en que por aquella vía constitucional se ordene el tratamiento solicitado por la accionante generaría un desequilibrio contractual, pues la fijación de la suma de dinero que pagó la accionante, se realizó teniendo en cuenta esas exclusiones.

Por último señaló que la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata celebró contrato de medicina prepagada No. 1-6058-1-2 con una continuidad desde el 27 de julio de 2000; manifiesta que el 14 de abril de 2009 le negó el procedimiento histerosalpingografía por ser una exclusión de tratamiento de fertilidad. Y que el 3 de febrero de 2010 le negó una laparoscopia diagnóstica ordenada por el Dr. Carlos Enrique Restrepo quien informa como diagnóstico: “Estudio de infertilidad primaria de 2 años de evolución sin respuesta al tratamiento médico”.<sup>2</sup>

#### 4. Decisiones judiciales objeto de revisión.

##### 4.1. Primera Instancia

El Juzgado Séptimo (7) Civil Municipal de Medellín, en sentencia del veintiséis (26) de febrero de 2010 concedió la protección constitucional solicitada al considerar que:

“ Se desprende del contrato de SURA MEDICINA PREPAGADA donde se señala la cobertura de este contrato se compromete a cubrir a los usuarios el conjunto total de los servicios consagrados en el clausulado de su salud y que no corresponde a enfermedades pre-existentes que de acuerdo con la cláusula novena del contrato de medicina prepagada celebrado con el peticionario, todo aquello que no haya sido incluido expresamente en el contrato no genera obligación alguna para la compañía, razón por la cual, el mencionado procedimiento, al no estar previsto en el contrato, no puede ser cubierto por el plan de medicina prepagada. (...) En efecto, como ya fue expresado, (i) existe negativa de la EPS

para ordenar el procedimiento solicitado (ii) de igual manera según el profesional médico que ordeno el procedimiento le dice al despacho que no es el único medio existente para el diagnóstico y estudio de la infertilidad, pero es el ideal en relación a la historia clínica de la paciente, agrega que la LAPAROSCOPIA Ginecológicas en diagnósticos y tratamientos de diversas patologías de la especialidad, si están dentro del POS: Sostiene que no esta adscrito a la EPS SURA, pero si es medico de la lista de medicina prepagada y póliza de salud. (...) Cuando un procedimiento se encuentra expresamente contenido en el Plan de Procedimientos, no cabe aplicar las excepciones del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, pues tales prestaciones hacen parte de la concreción del contenido esencial del derecho a la salud por parte del legislador, contenido que ostenta el carácter de derecho fundamental. Significa lo expuesto, que la EPS SURA debe remitir a la actora dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de esta acción donde el profesional adscrito a la IPS con la cual la EPS tiene contrato y que sea este quien determine el procedimiento que requiere la señora GLADIS ASTRID CHAVARRIA ZAPATA, si necesita o avala la orden del médico de la Medicina Prepagada, el examen de LAPAROSCOPIA la EPS se lo debe ordenar y por estar dentro del POS no se ordena recobro al Fosyga. Lo anterior porque (sic) entre las dos entidades se le venia atendiendo los problemas de salud que aquejan a la actora, si necesitaba un procedimiento ordenado por la prepagada se le ordenara a la EPS y viserversa, de todos modos aunque no existe negativa de la EPS para negarle el procedimiento, lo cierto es que ella así lo acepta y no existe prueba que demuestre lo contrario. (...) RESUELVE:

Primero.- CONCEDER el amparo al derecho fundamental a la salud en conexidad con la vida digna e integridad personal de la señora GLADIS ASTRID CHAVARRIA ZAPATA. Segundo.- ORDENAR a LA EPS SURA remitir a la actora dentro de las 48 siguientes a la notificación de esta acción donde el profesional adscrito a la IPS con la cual la EPS tiene contrato y que sea este quien determine el procedimiento que requiere la señora GLADIS ASTRID CHAVARRIA ZAPATA, (TRATAMIENTO INFERTILIDAD) si necesita o avala la orden médica de la Medina Prepagada del examen de LAPAROSCOPIA la EPS se lo debe ordenar dentro de un plazo de cinco días siguientes al reconocimiento por el profesional médico GINECÓLOGO, y por estar dentro del POS no se ordena el recobro al Fosyga. Por lo dicho en la parte motiva no se ordena en tratamiento integral. " 3 (Negrilla y subraya fuera de texto)

#### 4.2. Segunda Instancia

“(…) Según reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, los tratamientos de infertilidad se encuentran excluidos del POS y así lo señaló el a quo en las consideraciones del fallo impugnado. Equivocadamente al asumir el análisis del caso concreto y en lo relacionado con el procedimiento denominado Laparoscopia, concluyó que éste si se encontraba dentro del Mapipos Resolución 5261 de 1994, procedimiento que lo tomó aislado y no asociado con los tratamientos de infertilidad, que como se dijo, está excluido del POS, por lo que no se podía tomar tal Laparoscopia de manera aislada, pues así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte en varias de sus decisiones. Así las cosas, el fallo de primera instancia se revocará en este sentido y como el procedimiento denominado tratamiento de infertilidad se encuentra fuera del POS, se ordenará el recobro al Fosyga y se concederá el tratamiento integral solicitado. (...) FALLA PRIMERO: Se acoge la impugnación y se REVOCA el numeral segundo del fallo proferido el veintinueve (29) de octubre de 2009 por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Medellín, indicando que el tratamiento de infertilidad se encuentra excluido del POS y por tal motivo se concede el recobro al Fosyga por costos que incurra la EPS accionada en el cumplimiento del fallo de tutela, concediendo el tratamiento integral a la demandante por las prestaciones que dieron origen a esta acción, conforme a lo dicho en la parte motiva de esta sentencia y también se le concede la facultad de recobro ante el Fosyga en caso de que el tratamiento integral surjan prestaciones no incluidas en el POS”

5. Pruebas relevantes que reposan en el expediente.

5.1.-Copia del informe emitido el 30 de enero de 2010 por el médico ginecólogo Carlos Enrique Restrepo López respecto del estado físico de la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata, ordenando a Susalud laparoscopia. Folios 9 a 11 cuaderno principal.

5.2.- Copia de la ecografía ginecológica practicada a Gladis Chavarría Zapata por Salud Sura con impresión diagnóstica ovario derecho de aspecto poliquístico. Ver folio 13 a 14 cuaderno principal.

5.3.- Copia del informe emitido por Susalud EPS- Salud Sura prepagada respecto de los exámenes médicos practicados a la accionante. Ver folio 15 a 22 cuaderno principal.

5.4.- Copia del carné de medicina prepagada Susalud Gladis Chavarría. Ver folio 23 cuaderno principal.

5.5.- Copia del carné del Plan Obligatorio de Salud Susalud de la señora Gladys Chavarría Zapata. Ver folios 24 cuaderno principal.

5.6.- Formato de negociación de servicio de salud emitido por EPS Sura del 17 de febrero de 2010 respecto al servicio no autorizado Laparoscopia Diagnóstica indicando que “justificación. Exclusión del plan de beneficios del plan de EPS/ sura medicina prepagada según el capítulo 5 “limitaciones contractuales”, cláusula 19 a numeral 14”. Fundamento legal. Condiciones generales de asistencia medica, quirúrgica y hospitalaria del plan EPS y medicina prepagada suramericana S.A. Esta autorización no tiene cobertura por el plan médico 100 de la medicina prepagada de EPS/ Sura debido a que es una exclusión, comuníquese con su plan obligatorio de salud para evaluar cobertura.”. Ver folio 25 cuaderno principal.

5.7. Declaración rendida por la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata el dieciséis (16) de febrero de dos mil diez (2010) ante el Juzgado séptimo civil municipal de Medellín. Folio 31 cuaderno principal.

5.8. Copia fax del oficio remitido por el médico ginecólogo- obstetra Carlos Enrique Restrepo López al Juzgado séptimo civil municipal de Medellín donde hace las siguientes anotaciones: “ 1. La laparoscopia diagnóstica y proceder según hallazgos, es una cirugía de la especialidad de la ginecología que se utiliza para diversas patologías ginecológicas en su diagnóstico y tratamiento, en el caso concreto de la tutela es una ayuda fundamental para evaluar la integralidad del aparato reproductor femenino. (...). Las laparoscopias ginecológicas en diagnósticos y tratamiento de diversas patologías de la especialidad. Si están en el sistema POS. 5. No soy médico adscrito al POS de Suramericana, ellos tienen muy buenos especialistas en esta técnica quirúrgica en sus centros de atención. Si soy médico de la lista de medicina prepagada y póliza de salud.” Ver folios 32 y 33 del cuaderno principal.

5.9. Copia autentica de las condiciones generales de asistencia médica, quirúrgica y hospitalaria plan médico 100 de la Compañía Suramericana de Servicios de Salud S.A. Folios 47 a 57 del cuaderno principal.

5.10. Copia del certificado de existencia y representación de EPS y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A. emitido por la Cámara de comercio de Medellín. Folios 58 a 64 del cuaderno principal.

## 6. Pruebas decretadas por la Corte Constitucional

Por medio de autos de doce (12) de julio de dos mil diez (2010) y de catorce (14) de septiembre de dos mil diez (2010) la Sala de Revisión decretó pruebas tendientes a verificar si el tratamiento médico de fertilización in vitro ordenado por fallo de tutela del 9 de abril de 2010 fue autorizado por la E.P.S. SURA a la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata.

Dentro de los documentos allegados se encuentran:

6.1.- Respuesta a los oficios OPBT-769 y 770/2010 suscrito por la señora Astrid Marulanda Uribe en calidad de representante legal judicial de EPS SURA, en la que manifiesta:

“(…) En cumplimiento de las sentencias judiciales proferidas en el caso de la referencia, mí representada ha autorizado las siguientes prestaciones: Consulta integral de fertilidad, mediante la orden de autorización número 932-133831800, expedida en Mayo 03 de 2010. Inseminación artificial homóloga (preparación del semen), mediante las órdenes de autorización números, 932-141204200 expedida en julio 19 de 2010 y 932-144601800 expedida en Agosto 23 de 2010. (...) De acuerdo a su solicitud y conforme a mis funciones de auditoria como Entidad Promotora de Salud, se pudo constatar que la paciente ha iniciado dos ciclos para inseminación: el primero arrojó un resultado negativo; el segundo ya inició y no ha culminado. Teniéndose un segundo resultado negativo, la conducta a seguir sería una fertilización in Vitro. (...)”. Ver folios 14 y 15 del cuaderno 2.

6.2.- En respuesta al oficio OPTB -904 de 2010 Biofertil Ltda., aporto la historia clínica de la señora Gladis Chavarría. Ver folios 21 a 32 del cuaderno 2.

## II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS.

### 1. Competencia.

Esta Sala de la Corte Constitucional es competente para revisar las decisiones proferidas dentro de las acciones de tutela de la referencia de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

### 2. Problema jurídico.

Con fundamento en la situación fáctica expuesta, le corresponde determinar a esta Corporación si la negativa de la EPS SURA a autorizar la práctica de una laparoscopia y una atención integral en el tratamiento de fertilización solicitado por la accionante le vulnera sus derechos fundamentales a la salud, a la vida y al derecho a formar una familia.

Para resolver el problema jurídico suscitado es necesario hacer referencia a (i) la Regulación legal y tratamiento jurisprudencial respecto al tratamiento de fertilización in Vitro; y (ii) analizará el caso concreto.

3. Regulación legal y línea jurisprudencial al tratamiento de Fertilización in Vitro. Reiteración de Jurisprudencia.

El tratamiento de fertilización in Vitro es un procedimiento que se encuentra excluido del Plan Obligatorio de Salud<sup>4</sup>, según dispone el numeral 3 del artículo 54 del Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 20095, en este orden de ideas, no se puede extender al Estado la obligación de suministrarlo, ya que existen razones tanto normativas como desarrolladas por la jurisprudencia que justifican tal negativa, las cuales son:

(i) La Corte ha indicado que la configuración constitucional del derecho a la maternidad no genera, en principio, una obligación estatal en materia de maternidad asistida. Al respecto esta Corporación ha indicado:

“(…) es pertinente destacar que el orden axiológico de la Carta de 1991 mal podría sobreponer el goce de un derecho de segunda generación – como lo es el de hacer posible un embarazo de imposible viabilidad sin la intervención positiva estatal -, al derecho fundamental a la vida de una persona cuya patología la pone en riesgo de muerte, verbigracia un caso de urgente trasplante de hígado. En efecto, la escasez de recursos de un país como Colombia implica una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elemento indispensable para la efectividad de los derechos prestacionales. Así, únicamente cuando el Estado sea capaz de garantizar el goce de derechos los esenciales al ser humano, puede pensarse en desarrollar políticas tendientes al aseguramiento de los derechos de desarrollo progresivo.<sup>6</sup> ;

El derecho a la maternidad en la Constitución implica un deber de abstención del Estado de intervenir en la decisiones relativas a la procreación y unas obligaciones positivas, como la

protección de la mujer embarazada o la estabilidad laboral reforzada, empero no incluyen el deber de suministrar tratamientos que permitan la procreación. Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las prerrogativas de que goza la mujer, bien en razón de su estado de embarazo, o por haber, recientemente, dado a luz a su criatura. Debido a esto, el derecho a la procreación - aunque existe como tal en cabeza de todo ser humano e implica un deber de abstención estatal en relación con aquellas actividades tendientes a su restricción o determinación imperativa -, mal puede extenderse hasta el punto de constreñir a la administración a garantizar la maternidad biológica de una persona cuyo condicionamiento biológico per se no le permite su goce. Cabe recordar que los convenios internacionales en materia de derechos humanos ratificados por Colombia han entendido el tema de los derechos reproductivos de la mujer como un asunto que implica la posibilidad femenina de determinar libremente el número de sus hijos, acceder a una adecuada planificación familiar, etc.<sup>7</sup>

(ii) La exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad es un ejercicio legítimo de la libertad de configuración normativa<sup>8</sup>, cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.<sup>9</sup>

Por las anteriores razones no se puede ordenar y obligar al Estado ni a las entidades promotoras de salud a prestar un procedimiento como es la fertilización in Vitro por cuanto autorizar el mismo supone la limitación de otros servicios de salud prioritarios y del ejercicio de la libertad de configuración normativa. El Estado debe garantizar de manera progresiva el derecho fundamental a la salud y, por lo tanto, el plan de beneficios no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y a las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles.

“iii) Tratamientos de fertilidad: En sentencia T-698 de 2001,<sup>10</sup> negó una laparoscopia

operatoria a una mujer que padecía una enfermedad de su aparato reproductor caracterizada por la inflamación de los ovarios y dolor pélvico persistente, igualmente se le diagnosticó un hidrosalpinx en el lado derecho. Esta Corporación argumentó que no procede la acción de tutela como mecanismo para lograr la extensión del Plan Obligatorio de Salud a un servicio que se encuentra excluido de él. En sentencia T-946 de 2002,<sup>11</sup> negó el tratamiento de fertilidad consistente en inseminación y fecundación in-vitro a una mujer que sufría de endometriosis severa, hidrosalpinx y fibroplastia. La Corte reiteró que el tratamiento se encontraba excluido del POS y no era posible ordenarlo mediante tutela y señaló que no es obligación del Estado garantizar la procreación a través de los planes obligatorios de salud. En sentencia T-752 de 2007,<sup>12</sup> negó una fertilización in-vitro a una mujer beneficiaria del régimen subsidiado que tenía problemas para quedar embarazada. Esta Corporación argumentó que no existe violación de derechos fundamentales por la negación del tratamiento solicitado porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional.”

Ahora bien, la Corte ha identificado varias excepciones a efectos de conceder el tratamiento de fertilidad de acuerdo con el principio de continuidad en el servicio o, cuando la afección no es originaria sino que se deriva de otros problemas de salud que, en sí mismos, hacen viable la intervención del juez de tutela. En tal sentido ha señalado tres casos mediante los cuales se debe conceder el tratamiento por existir circunstancias adicionales que justifican que no se aplique la regla, (i) procede la protección cuando el tratamiento de fertilidad, una vez iniciado, es suspendido sin que medien razones científicas que justifiquen dicho proceder (en estos casos se ha ordenado continuar con el tratamiento iniciado)<sup>13</sup>, (ii) cuando se requiere la práctica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad (en estos casos se ha ordenado la práctica del examen diagnóstico no el tratamiento de fertilidad)<sup>14</sup> y (iii) cuando la infertilidad es en realidad un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad que afecta la salud, la vida o la integridad física de la mujer.<sup>15</sup>

Vistas las consideraciones normativas y jurisprudenciales expuestas, entra la Corte a resolver el asunto puesto a consideración.

#### 4. Estudio del caso concreto.

En el presente caso al verificar los hechos referentes al caso de la señora Gladis Astrid Chavarría Zapata la Sala puede constatar lo siguiente:

i. Que la señora Chavarría inició el respectivo tratamiento de fertilización a través de aumento de ovulación, sin que haya podido concebir.

ii. Ante la posibilidad de encontrar algún problema en fertilidad, su médico ginecólogo adscrito a la lista de medicina prepagada a la cual la accionante es beneficiaria, ordenó una laparoscopia a efectos de evaluar la integralidad de su aparato reproductor. Así lo constató en el oficio dirigido al juez de primera instancia.

iii. Con la orden antes referida se dirigió el 1 de febrero de la presente anualidad a la IPS Salud Sura Industriales, pero tal institución le negó la autorización, bajo el argumento que se trata de un problema de fertilidad, que no se encuentra cubierto por el POS. Por los hechos antes relatados la accionante impetró la acción de tutela para que fuera autorizada la práctica de la laparoscopia, necesario para determinar una posible enfermedad que le impide procrear, solicitando además se le brinde atención integral en el diagnóstico y la atención de la posible enfermedad que pudiere llegar a tener, pidiendo además que se faculte a SUSALUD POS para exigir al FOSYGA el pago de las sumas de dinero excepcionales en que incurra por la prestación de servicios integrales de su salud.

Bajo los hechos antes constatados, la Sala de Revisión confirma que la accionante se encuentra en proceso de concebir desde el año 2008 y al ser imposible quedar en estado de embarazo al prescindir de los respectivos anticonceptivos, el médico ginecólogo le inició un proceso de fertilización mediante multiovulación con respuesta negativa. Así por prescripción médica se emitió la orden de la práctica de una laparoscopia, a efectos de determinar una posible enfermedad que le impide procrear, y tener un diagnóstico preciso de su estado físico de sus órganos reproductores. Sin embargo, la IPS Sura le negó dicha autorización bajo el

argumento que el caso de la accionante era un problema de fertilidad, que no se encuentra cubierto por el POS.

Con todo lo dicho, considera la accionante que esta negativa afecta a su vida e integridad personal pues se encuentra en incertidumbre si tiene o no problemas físicos para ser madre, mientras que su reloj biológico avanza sin tener certeza de que puede hacer en este caso.

El juez de primera instancia en sede de tutela concedió la protección invocada al considerar que cuando un procedimiento se encuentra expresamente contenido en el Plan de Procedimientos, no cabe aplicar las excepciones del artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994, pues tales prestaciones hacen parte de la concreción del contenido esencial del derecho a la salud por parte del legislador, contenido que ostenta el carácter de derecho fundamental.

Además consideró que la EPS SURA debía remitir a la actora donde el profesional adscrito a la IPS con la cual la EPS tiene contrato a efectos de que sea dicho profesional quien debía determinar el procedimiento que requiere la señora GLADIS ASTRID CHAVARRIA ZAPATA, si necesita o avala la orden del médico de Medicina Prepagada, el examen de LAPAROSCOPIA la EPS se lo debía ordenar y por estar dentro del POS no se ordenó recobro al Fosyga.

Sin embargo, el numeral segundo de la parte resolutive de tal decisión fue revocada por el juez de tutela de segunda instancia al considerar que, por reiterada jurisprudencia de la Corte Constitucional, los tratamientos de infertilidad se encuentran excluidos del POS. Además dispuso que equivocadamente el juez de primera instancia al asumir el análisis del caso concreto y en lo relacionado con el procedimiento denominado Laparoscopia, concluyó que éste sí se encontraba dentro del Mapipos Resolución 5261 de 1994, procedimiento que lo tomó aislado y no asociado con los tratamientos de infertilidad, que como se dijo, está excluido del POS, por lo que no se podía tomar tal Laparoscopia de manera aislada, pues así lo ha reiterado la jurisprudencia de la Corte en varias de sus decisiones. Así las cosas, el fallo de primera fue revocado en este sentido y como el procedimiento denominado tratamiento de infertilidad se encuentra fuera del POS, ordenó el recobro al Fosyga y se concedió el tratamiento integral solicitado.

Frente a estos argumentos esgrimidos por el juez de tutela en segunda instancia la Sala presentó las siguientes observaciones: el fallo no efectuó el estudio del desarrollo

jurisprudencial que ha hecho esta Corporación, a efectos de determinar en que casos es o no procedente que por esta vía se ordene el tratamiento de fertilización in Vitro. En este orden, tal providencia no tuvo en cuenta que la procedencia para que resulte de manera excepcional por vía constitucional la autorización de dicho tratamiento se debió verificar tres supuestos desarrollados por ésta Corporación así cuando: (i) el tratamiento una vez iniciado es suspendido si mediar razón alguna, (ii) media el derecho de diagnóstico y no se tiene certeza sobre la enfermedad que padece la paciente y (iii) la patología de infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad.

Es necesario aclarar que la tutela fue impetrada para que a la accionante se le autorizara la práctica de una laparoscopia a efectos de determinar su estado físico y además solicito un tratamiento integral de salud. Al respecto la Sala de Revisión aclara que en lo que respecta al examen de laparoscopia éste no debía negarse porque impedía a la accionante su derecho al diagnóstico, y el cual fue ordenado por los jueces de instancia, pero en lo que respecta al tratamiento integral de fertilización se puede constatar que la EPS Y MEDICINA PREPAGADA SURAMERICANA S.A el 3 de febrero de 2010 le negó una laparoscopia diagnóstica ordenada por el Dr. Carlos Enrique Restrepo quien informa como diagnóstico: “Estudio de infertilidad primaria de 2 años de evolución sin respuesta al tratamiento médico”. Al respecto la Corte ha reiterado en muchas ocasiones su exclusión del POS.

Sin embargo, se encuentra que consta orden judicial de segunda instancia que obligó a la EPS SURA autorizar el procedimiento de tratamiento integral a la accionante y según obra en las pruebas aportadas en sede de revisión por la EPS SURA, se le autorizó la consulta integral de infertilidad y la inseminación artificial homóloga, y se encuentra en proceso de fertilización a través de dos ciclos de inseminación, los cuales no han culminado. Además en el escrito de la EPS SURA indican que en caso que el resultado sea negativo el procedimiento a seguir sería la Fertilización in Vitro. En consecuencia no es posible emitir alguna decisión al respecto, ya que el tratamiento integral de infertilidad ya fue iniciado por la institución de salud que está tratando a la accionante.

En este orden de ideas, se procederá a revocar la decisión de segunda instancia teniendo en cuenta que el tratamiento de fertilización in Vitro está excluido del POS y como se analizó previamente la accionante no se encuentra en las excepciones que ha desarrollado por

jurisprudencia ésta Corporación. Además se prevendrá al juez de instancia a efectos de que en providencias posteriores efectúe una minuciosa observación a la línea jurisprudencial que la Corte Constitucional ha señalado en materia de Fertilización in Vitro, teniendo en cuenta las condiciones particulares en cada caso.

### III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto, la Sala Octava de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

#### RESUELVE

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para fallar el presente proceso.

Segundo. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Medellín en providencia de nueve (9) de abril de dos mil diez (2010) y en su lugar NEGAR la tutela solicitada por Gladis Astrid Chavarría Zapata contra Susalud EPS y Prepagada Sura.

Tercero.- PREVENIR al Juez Octavo Civil del Circuito de Medellín a efectos de que en posteriores providencias referentes al tratamiento de Fertilización in Vitro observe la línea jurisprudencial desarrollada por esta Corporación, para determinar si es o no procedente por vía de la acción de tutela conceder dicho tratamiento.

Cuarto.-Por Secretaría LÍBRESE la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los fines allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MENDEZ

Secretaria General

1 Ver folio 34 cuaderno principal.

2 Ver folios 42 a 46 del cuaderno principal.

3 Ver folios 65 a 70 cuaderno principal.

4 En la sentencia T-120 de 2009 hace referencia a las reglas jurisprudenciales sobre la procedencia de la acción de tutela para obtener servicios excluidos del POS cuando el usuario del servicio de salud requiere un procedimiento o medicamento para conservar su vida en condiciones dignas o se busque proteger su integridad física. Allí se dijo: “ ...Estas metas del sistema de salud dependen, entre otros factores, del uso adecuado de los recursos económicos que ingresan al mismo y la solidaridad entre los sujetos que proveen las distintas fuentes de financiación, especialmente el Estado, los empleadores, los trabajadores y los pensionados. El reconocimiento del carácter limitado de los recursos del sistema lleva, de este modo, a la determinación de mecanismos legales que optimicen su ejecución. Entre estos instrumentos se encuentra la delimitación de las prestaciones exigibles a las empresas administradoras del sistema, a través de la fijación del Plan Obligatorio de Salud -POS-. A pesar de la razonabilidad, que persigue fines constitucionalmente valiosos, en la determinación de un plan obligatorio en el que se encuentran los procedimientos a cargo del sistema, tales dispositivos legales generan controversias en términos de derechos fundamentales para eventos precisos. En efecto, la armonía entre las normas que regulan el plan obligatorio y los preceptos constitucionales se ve comprometida en los casos en que el usuario del servicio de salud requiere de un procedimiento o medicamento necesario para la conservación de su vida en condiciones dignas o su integridad física que, no obstante, se encuentra excluido del POS....”

5El numeral 3 del artículo 54 del Acuerdo 08 del 29 de diciembre de 2009 dispone: “ARTÍCULO 54. EXCLUSIONES EN EL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO. El POS-C tiene las siguientes exclusiones y limitaciones, acorde con lo estipulado en el artículo 10, del presente acuerdo: (...) 3. Diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.”

6 Ver sentencias T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-1104 de 2000.

7 Ver sentencia T-1104 de 2000.

8 Ver sentencia T-870 de 2008.

9 Ver sentencia T-752 de 2007.

10 Ver sentencia T-698 de 2001.

11 Ver sentencia T-946 de 2002.

12 Ver sentencia T-752 de 2007.

13 Ver sentencia T-946 de 2007. “Continuidad en el Servicio. Este presupuesto se presenta cuando la entidad promotora de salud, o el médico tratante dan inicio al tratamiento (sin importar las motivaciones concretas que determinan tal actuación), pero posteriormente deciden suspenderlo, sin que exista una justificación científica para tal decisión. Para la Corte, en virtud del principio de continuidad en la prestación del servicio, y de conformidad con los principios de buena fe y confianza legítima, esta suspensión repentina no se ajusta a la Constitución y hace posible, e incluso necesario, el control del juez de tutela.”

14 Ver sentencia T-946 de 2007 ya citada que hace referencia a la sentencia T-471 de 2001 así: “. Derecho de diagnóstico. la Corte revisó el caso de una mujer que presentaba un problema de infertilidad derivado de una enfermedad que la había llevado a la interrupción involuntaria del embarazo en repetidas oportunidades, y que no se encontraba plenamente identificada. La EPS demandada se negó a realizar los exámenes de diagnóstico necesarios, por considerar que se trataba de una prestación asociada a problemas de fertilidad. En esa ocasión, la Corte decidió amparar los derechos a la salud y al diagnóstico de la peticionaria, pues la negligencia en la práctica de los exámenes, impedía determinar el tratamiento a seguir, a la vez que agravaba el estado de vulnerabilidad de la peticionaria, en la medida en

que, a falta de diagnóstico, la enfermedad podía agravarse y, eventualmente, tornarse en irreversible.”

15 Ver Sentencias T-870 de 2008, T-752 de 2007.

16 Ver sentencia T-946 de 2007.

17 Ver sentencia T-1104 de 2000.

18 Ver sentencia T-752 de 2007.