JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Trece (13) de Febrero de dos mil Veinte (2020)

RAD: 20 001 40 03 005 2019 00645 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **ANNE MILENA DIAZ ARIAS** contra **SALUD TOTAL EPS**. Derecho fundamental **a salud.**

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionante contra la sentencia de fecha del 11 de Diciembre de 2019, proferida por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, dentro de la acción de tutela de la referencia.

HECHOS:

Como sustento fáctico de la acción constitucional, la parte accionante manifiesta en síntesis lo siguiente:

Se encuentra afiliada en SALUD TOTAL EPS, por ende, de conformidad con la historia clínica de fecha 29 de octubre de 2019, su médico tratante adscrito a la entidad accionada, determinó que padece la patología denominada ENDOMETRIOSIS SEVERA, la cual de manera muy general, se define como una enfermedad que afecta a las mujeres en su vida reproductiva. Para el tratamiento de su enfermedad, el mismo día 29 de octubre de 2019, su galeno tratante adscrito a la entidad accionada, indicó que requiere CONSULTA DE INFERTILIDAD FEMENINA, por tal razón, acudió a la EPS SALUD TOTAL donde solicitó la autorización de dicho servicio, pero le fue negado sin ninguna justificación.

PRETENSIONES:

En virtud de lo anterior, el accionante solicitó le tutelen los derechos fundamentales a la salud, a la vida, a la seguridad social, dignidad humana y, en consecuencia, se ORDENE al Representante Legal de SALUD TOTAL EPS que en el término de 48 horas, proceda autorizar la CONSULTA DE FERTILIDAD FEMENINA en los términos establecidos por su médico tratante.

Solicita también que en el caso que la consulta de fertilidad femenina se le remita a una IPS ubicada en un lugar diferente al de su residencia (Municipio de Valledupar, Casar) suministre los viáticos necesarios para acudir a la cita correspondiente, comprendiendo esto el transporte interdepartamental o

intermunicipal (ida y regreso) dado a que no tiene los recursos económicos para sufragar estos gastos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La *iudex a quo* con sentencia de 11 de diciembre de 2019, resolvió conceder el amparo a ANNE MILENA DIAZ ARIAS, vulnerados por SALUD TOTAL EPS.

En virtud de lo anterior, ordenó a SALUD TITAL EPS, por intermedio de su Representante Legal, que dentro del término de cuarenta y ocho horas (48) contadas a partir de la notificación de la presente providencia, proceda a efectuar los trámites y procedimientos necesarios que deba hacer para agendar la cita médica de FERTILIDAD FEMENINA, ordenada por el médico tratante, atención que deberá materializar a más tardar, dentro de los 10 siguientes al vencimiento del primer plazo.

También se le ordenó a la SALUD TOTAL EPS, proporcionar los gastos de transportes intermunicipal a la señora ANNE MILENA DIAZ ARIAS, mínimo con dos (02) días de antelación a la fecha de la cita de la valoración médica y cada vez que deba asistir con ocasión de la patología que suscitó esta actuación (ENDOMETRIOSIS SEVERA).

Al considerar, que la cita no ha sido otorgada por la accionada y la autorización fue producto del conocimiento que tuvo de la presente acción, pero, adicional, la enunciada atención sigue supeditada a trámites administrativos, entre la EPS, la IPS y el usuario, razón por la cual, resulta impropio señalar que carece de objeto la presente acción. Y con respecto a los gastos de traslados, al manifestar la actora que no tiene los recursos económicos, la entidad accionada no hizo ningún esfuerzo en desmentir tal afirmación.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

Dentro del término legal, la parte accionada impugnó la decisión de primera instancia para manifestar lo siguiente:

Alega que la presentación de la tutela resulta improcedente toda vez que la presente controversia se le agendó consulta con el servicio de FERTILIDAD FEMENINA, razón por la cual se configura el fenómeno de hecho superado debido a la carencia de objeto sobre el cual se puede fundamentar el presente mecanismo constitucional.

Argumenta que el juez le ordenó a SALUD TOTAL EPS, sufragar los gastos de transportes intermunicipal para que la protegida acuda a la atención médica, sin tener en cuenta que dicho procedimiento no es un servicio de salud que deba ser asumido, precisamente por no ser parte del Plan de Beneficios de Salud, debido a la carencia de orden médica que fundamente el servicio solicitado, máxime cuando

e accionante tiene capacidad de pago para sufragar dichos servicios. Además, manifiesta que la solicitud de transporte es improcedente, en razón a que dicha responsabilidad lo debe asumir el usuario y/o familia toda vez que no está contemplado dentro del PBS, dad a que en la normatividad vigente resolución 5857 de 2018, no se consideran servicios de salud.

Arguye que la accionante cuenta con capacidad de pago, pues, devenga lo suficiente como para apropiarse de los gastos que pretenden que sean devengados, toda vez que cuenta con la estabilidad de ingresos con la capacidad de sufragar lo concerniente a transportes y viáticos.

En virtud de lo anterior, solicita revocar y denegar la solicitud de Transportes por no ser servicios de salud y por no estar contemplados en el PBS, y en caso de admitir las pretensiones, pide conceder la facultad de recobro ante el ADRES, ordenando en dicho fallo que el pago se realice en un 100% y dentro del término improrrogable de 15 días.

CONSIDERACIONES DEL DESPACHO:

Reiteradamente han venido sosteniendo los Jueces y Tribunales que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Magna y desarrollada por el decreto 2591 del 91, es un mecanismo judicial de protección inmediata de los derechos constitucionales fundamentales mediante un procedimiento preferente y sumario, cuando quiera que ellos resulten vulnerados o amenazados generalmente, por autoridad pública o de un particular en los términos que señala la ley. Se trata de una acción que presenta como características fundamentales la de ser un mecanismo inmediato o directo para la debida protección del derecho constitucional fundamental violado; y la de ser subsidiaria, esto es, que su implantación solamente resulta procedente a falta de otro medio de defensa judicial.

En el asunto de marras, el problema jurídico planeado es ¿si la decisión de primera instancia está ajustada a los lineamientos normativos y jurisprudenciales para conceder el amparo a los derechos fundamentales a la actora?

SOBRE LA FERTILIZACIÓN LA JURISPRUDENCIA HA ESTABLECIDO LO SIGUIENTE Sentencia T-316/18:

"Por regla general, la jurisprudencia de la Corte Constitucional sobre la materia, establecía que no era procedente la acción de tutela para autorizar tratamientos de fertilidad en razón a que estaban expresamente excluidos del antiguo Plan Obligatorio de Salud - POS. No obstante, en ejercicio de la revisión de acciones de tutela, esta Corporación estableció una serie de subreglas a partir del detalle fáctico de los casos concretos, en los cuales los usuarios del sistema de seguridad social en salud accedieron excepcionalmente a procedimientos que indirectamente estaban orientados a tratar la infertilidad.

En esa medida, definió tres supuestos para que de manera excepcional se pudiera autorizar por vía de tutela el suministro de procedimientos que eventualmente pudieran servir para el tratamiento de la infertilidad. Estos son:

(i) Cuando con ello se pretende garantizar la continuidad en la prestación del servicio de salud;

Para esta Corporación, en atención al principio de la continuidad en la prestación del servicio de salud, las EPS no pueden suspender tratamientos dirigidos a tratar la infertilidad que se encuentren en una etapa ya avanzada, pues pese a que la obligación no se encuentra en cabeza de esas entidades por ser procedimientos que se encuentran excluidos del Plan de Beneficios en Salud otorgado a los afiliados, los mismos deben prestarse de manera continua e ininterrumpida una vez se hayan iniciado.

En aplicación a la anterior subregla jurisprudencial, la Sala Sexta de Revisión de esta Corte en Sentencia T-572 de 2002, al realizar el estudio de un caso en el que la EPS accionada suspendió un proceso de inducción a la ovulación para lograr un embarazo cuando el galeno tratante aumentó la dosis del fármaco requerido por la peticionaria, determinó que romper abruptamente el tratamiento en curso ocasionó un perjuicio irremediable a la actora atentando contra su integridad física y la confianza legítima que había generado el suministro del medicamento. Por lo anterior, la Sala confirmó la sentencia de segunda instancia, en la que el juez de tutela había ordenado continuar con el tratamiento.

(ii) Cuando se busca garantizar la vida, la salud o la integridad personal, incluyendo la salud sexual y reproductiva, en los casos en los que se requiere: a) la práctica de exámenes o procedimientos diagnósticos necesarios para precisar una condición de salud asociada a la infertilidad; b) el suministro de un medicamento;

En los casos en que se requiera proteger el derecho al diagnóstico y contrarrestar la falta de certeza sobre la enfermedad, procede el amparo constitucional para garantizar la práctica de exámenes de diagnóstico con el objeto de informar al paciente sobre su estado de salud; sin embargo, no debe entenderse que conlleva implícitamente la orden de conceder una técnica de reproducción asistida mediante acción de tutela.

Así, la Sala Séptima de Revisión en **la Sentencia T-636 de 2007**, ordenó a la EPS accionada autorizar los exámenes cariotipo paterno y cariotipo materno prescritos por el médico tratante a una mujer y a su esposo. En esa oportunidad se determinó que la negativa de la entidad demandada desconoció la jurisprudencia constitucional sobre el derecho de los pacientes a que les sean practicados exámenes de diagnóstico, para que el médico tratante pueda determinar el manejo de la enfermedad que se padece.

(iii) Cuando la patología de la infertilidad es una enfermedad secundaria, esto quiere decir que es un síntoma o una consecuencia de otra enfermedad, caso en el cual se autorizan los procedimientos, tratamientos o medicamentos para tratar la enfermedad que afecta su aparato reproductor.

En los casos en que se determine que la infertilidad es producto de una patología primaria, se debe garantizar el suministro de las tecnologías en salud encaminadas a contrarrestar la enfermedad secundaria en el sistema reproductor que ocasiona la infertilidad, sin que el amparo constitucional consista en ordenar la práctica del procedimiento de reproducción asistida.

La Corte Constitucional en la **Sentencia T-901 de 2004** explicó que se trata de garantizar la *"provisión de medicamentos, procedimientos o tratamientos necesarios para combatir la existencia de una patología en el sistema reproductor que produce por sí misma una afección de la salud del paciente y que de manera derivada genera la infertilidad"*, con el fin de permitir la recuperación de la función reproductora.

Esta línea jurisprudencial se mantuvo constante durante varios años. Cabe resaltar que ninguno de los supuestos fácticos que configuraron la excepcionalidad en virtud de la cual procedía la acción de tutela, tuvo la finalidad de autorizar tratamientos para remediar la infertilidad propiamente considerada.

En la **Sentencia T- 644 de 2010 e**l juez constitucional ordenó proveer el tratamiento de fertilización *in vitro* a la accionante, en razón del principio de continuidad en la prestación de servicios de salud, que prohíbe suspender tratamientos para la infertilidad ya iniciados, en la medida que la empresa prestadora de servicios de salud voluntariamente había comenzado dicho tratamiento con anterioridad. En los demás casos, la protección se dio respecto de la garantía del derecho a la salud en lo que se refiere a la práctica de exámenes de diagnóstico, suministro de medicamentos, realización de procedimientos dirigidos a curar alguna enfermedad que afecta el sistema reproductor, mas no a asegurar la procreación propiamente dicha.

Marco normativo para el acceso a los servicios en salud de conformidad con la Ley 1751 de 2015 - Sentencia T-316/18:

"El Sistema General de Seguridad Social en Salud garantiza el derecho fundamental a la salud en el marco de la Ley 1751 de 2015 y la atención en salud a todos sus afiliados en concordancia con el artículo 162 de la Ley 100 de 1993.

En los artículos 1 y 2 de la referida ley estatutaria se establece la naturaleza y el contenido del derecho a la salud y se reconoce explícitamente, su doble connotación: (i) como derecho fundamental autónomo e irrenunciable, que comprende el acceso a los servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad para la preservación y la promoción de la salud y (ii) como un servicio público esencial obligatorio cuya prestación eficiente, universal y solidaria se ejecuta bajo la indelegable responsabilidad del Estado.

El Artículo 6 de la Ley 1751 de 2015 consagra los elementos esenciales del derecho fundamental a la salud y los principios de universalidad, equidad, solidaridad, sostenibilidad, eficiencia y progresividad del derecho, entre otros, como definitorios del sistema de salud, los cuales deben ser interpretados de manera armónica sin privilegiar alguno de ellos sobre los demás.

Asimismo, el artículo 10 de la citada norma determina los deberes y derechos de las personas, relacionados con la prestación del servicio de salud. En cumplimiento de este precepto, el Sistema General de Seguridad Social en Salud debe garantizar que todos sus afilados puedan acceder a los servicios y tecnologías que aseguren una atención integral, oportuna y de alta calidad, a recibir un trato digno, respetando sus creencias y costumbres, así como las opiniones personales que tengan sobre los procedimientos y a que no se le trasladen las cargas administrativas y burocráticas que les corresponde asumir a los encargados o intervinientes en la prestación del servicio, entre otros.

La Ley 1751 de 2015 determina en cabeza del Estado y de las entidades encargadas de la prestación del servicio la obligación de garantizar de forma completa las tecnologías necesarias mediante los tratamientos, medicamentos, intervenciones, procedimientos, exámenes, controles,

seguimientos y demás servicios que el paciente requiera para el cuidado de su patología, así como para sobrellevar su enfermedad. Lo anterior, en aplicación del principio de integralidad en materia de salud.

La norma estatutaria de salud establece con claridad que el acceso y la prestación en salud debe hacerse de manera completa e integral. En consecuencia, el Sistema General de Seguridad Social en Salud ha previsto un mecanismo de protección colectiva del derecho a la salud a través de un esquema de aseguramiento denominado Plan de Beneficios en Salud, cuyos servicios y tecnologías se financian con cargo a la Unidad de Pago por Capitación (UPC), sin perjuicio del desarrollo de otros mecanismos que garanticen su provisión de manera individual, salvo que se defina su exclusión para ser financiados con recursos públicos asignados a la salud.

CASO CONCRETO

Para comenzar, la repuesta al problema jurídico es de carácter positivo dado a que la accionante tiene diagnosticado ENDOMETRIOSIS, y su médico tratante adscrito a la entidad SALUD TOTAL EPS, indicó asistencia de unidad de fertilidad si desea embarazo, razón está más que suficiente para considerar la tutela para el amparo a los derechos fundamentales de la actora, no obstante, mantenemos la orden de amparo, porque si bien es cierto, la entidad accionada allegó en la contestación autorización de la cita de FERTILIDAD FEMENINA, no es menos cierto, que no hay prueba siquiera sumaria que se haya materializado o colocado en conocimiento a la parte accionante sobre la misma y a la fecha esté programada la cita con la especialidad referida.

Dentro del asunto de marras, está probado que **(i)** ANNE MEILENA DIAZ ARIAS, tiene 32 años de edad, **(ii)** que se encuentra afiliada a la EPS SALUD TOTAL **(iii)** que padece de ENDOMETRIOSIS, que **(iv)** le ordenaron la asistencia de unidad de fertilidad si desea embarazo.

Así lo ha establecido la Corte Constitucional en **Sentencia T-252/17:** *"cuanto al tema relativo al grado de vinculatoriedad que tiene el diagnóstico, la Corte ha sostenido que el concepto expedido por el médico tratante adscrito a la red prestacional de la EPS a la que se encuentra afiliado el usuario, es el principal criterio para definir los servicios de salud requeridos. Ello, primero, por ser la persona capacitada en términos técnicos y científicos y, segundo, por ser el profesional que conoce el historial médico del paciente.*

Así mismo, mediante **la Sentencia T-760 de 2008**, la Corte estableció que la salud es un derecho fundamental autónomo *"en lo que respecta a un ámbito básico, el cual coincide con los servicios contemplados por la Constitución, el bloque de constitucionalidad, la ley y los planes obligatorios de salud, con las extensiones necesarias para proteger una vida digna."* Por su parte el legislador mediante la Ley Estatutaria 1751 de 2015., en su artículo 2° reconoció que la salud es un derecho fundamental autónomo e irrenunciable que debe ser prestado de manera oportuna, eficaz y con calidad.

La salud al ser un derecho fundamental, puede ser protegido mediante la acción de tutela cuando resulte amenazado o vulnerado

y no exista otro medio idóneo de defensa judicial, presupuesto que cobra mayor relevancia cuando los afectados son sujetos de especial protección constitucional, como quienes padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, entre ellas, el cáncer. Este trato diferenciado tiene fundamento en el inciso 3° del Artículo 13 de la Constitución Política y en los Artículos 48 y 49 del mismo texto.

Posteriormente, el artículo 8° de la Ley 1751 de 2015 señaló la necesidad de garantizar el tratamiento integral a quienes, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, les hubiese sido negado el acceso efectivo al servicio de salud, *lo que incluye suministrar "todos aquellos medicamentos, exámenes, procedimientos, intervenciones y terapias, entre otros, con miras a la recuperación e integración social del paciente, sin que medie obstáculo alguno independientemente de que se encuentren en el POS o no"*. Igualmente, comprende un tratamiento sin fracciones, es decir *"prestado de forma ininterrumpida, completa, diligente, oportuna y con calidad"*.

Analizando la situación fáctica y probatoria obrante dentro del presente juicio constitucional la entidad accionada aduce que se declare hecho superado debido a que ya le autorizó la cita de FERTILDAD FEMENINA a la actora de tutela, sin embargo, dentro del plenario constitucional se percibe el pantallazo de la autorización pero no hay prueba de ello, que el servicio este materializado, además, que la accionante haya recibido dicha autorización y por ende, se encuentre la cita referida ya agendada; además de ello, cabe resaltar que la cita según el pantallazo aportado por la entidad, esta direccionada con PROFAMILIA BARRANQUILLA, y en contestación y los argumentos de la entidad tutelada, niegan de manera rotunda autorizar los servicios de transportes para que DIAZ ARIAS acuda a la cita, primero que todo alegando que eso le corresponde a la familia y, segundo, que la tutelante cuenta con la capacidad económica para sufragar los gastos para acudir a dicha ciudad, por lo tanto, el negar tal servicio es dable que el amparo se mantenga así como lo puntualizó el juez fallador.

Ahora bien, con respecto a la solicitud de gastos de traslados, este juez de tutela, de acuerdo a la situación fáctica y probatoria, el hoy accionante cumple con los requisitos de la jurisprudencia, pues, primero que todo la parte actora manifiesta no tener los recursos económicos para trasladarse a una ciudad diferente en caso de ser remitida para acudir a la CONSULTA DE FERTILIDAD, convirtiéndose en una negación indefinida, el cual le corresponde a la EPS accionada desvirtuar su incapacidad económica, sin embargo, la EPS Salud Total, alega que la actora cuenta con capacidad económica y aporta un pantallazo a folio 65 del cuaderno principal, sobre la base de cotización, y avizorándose los mismos no se considera que los ingresos base de cotización para el año 2019, sean suficientes, puesto que téngase en cuenta hay cotizaciones que son inferiores al salario mínimo legal mensual vigente, además de ello, tenga en cuenta que dicho salario debe suplir sus necesidades básicas, es decir, para este juez de tutela

no considerar que dichos ingresos sean lo suficiente para decir que cuenta con capacidad económica, pues, cabe resaltar que de acuerdo a la patología de la accionante ENDIMETRIOSIS es un problema de fertilidad el cual debe someterse a un control que demanda muchas valoraciones en la cual deba acudir DIAZ ARIAS y tal situación por la imposibilidad económica no puede ser un obstáculo para que ella obtenga acceso a ese servicios de controles y/o valoraciones con relación a la patología referida.

Así las cosas, sin más elucubraciones los argumentos de la impugnación se respetan, sin embargo, no se comparten, puesto que la salud es un derecho universal que le asiste a todas las personas y es deber del Estado garantizar el mismo, así entonces, no habiendo prueba conducentes que demuestren la garantía del servicio de salud, en aras de evitar que la EPS siga colocando barreras al servicio que necesita la hoy accionante, es dable mantener el amparo así como lo puntualizó el juez fallador.

Finalmente, resulta pertinente destacar que para el recobro -cuando hay lugar a él, existe un trámite de orden administrativo, por lo que no es obligatorio para el juez de tutela ordenarlo en la sentencia que concede el amparo[1]. De manera que, este mecanismo de protección constitucional no tiene por fin obviar el trámite legal administrativo de cobro que deben hacer las EPS y EPSS, a la Secretaría de Salud Departamental, ni al Fosyga y/o ADRES cuando tengan derecho a éste, empero no es del resorte del fallador constitucional disponerlo así en la resolución del caso.

Por lo anterior y sin más elucubraciones, se confirma el fallo impugnado en su integridad.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Valledupar administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

R E S U E L V E

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia dictada el 11 de diciembre de 2019, por el Juzgado Quinto Civil Municipal de Valledupar, Cesar, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: Notifíquese esta providencia a las partes en la forma más expedita.

TERCERO: En consecuencia, dentro de los diez (10) días siguientes a la notificación de esta sentencia, envíese el expediente a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

GERMAN DAZA ARIZA
JUEZ.

[1] Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.