



JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE VALLEDUPAR

Valledupar, Cesar, Diecisiete (17) de Marzo de dos mil Veinte
(2020)

RAD: 20001 40 03 002 2020 00020 01 Acción de tutela de segunda instancia promovida por **DUVER LEODANY GOMEZ DIAZ** contra **SANITAS EPS**. Derecho fundamental **a salud**.

ASUNTO A TRATAR:

Procede el Despacho a resolver la impugnación interpuesta por la parte accionada SANITAS EPS contra la sentencia de fecha del 05 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo 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:

EL 19 de noviembre de 2019, se le ordenó procedimiento de técnica de reproducción asistida ICSI + ANTAGONISTA + PROGESTERONA o conocida con el nombre de fertilización IN VIRO, por médico FELIPE VERGARA QUINTERO, Especialista en fertilidad de la clínica PROCREAR, ya de la cual fue remitido por SANITAS EPS.

Eso fue dado porque presentó acción de tutela con radicado No. 2019-00110-00 y posteriormente impugnación, la cual ordenaba valoración con especialista de infertilidad a fin de establecer un diagnóstico concreto por una patología secundaria azoospermia total de una parotiditis urinaria. De las cuales se emanan ordenes médicas para dar valoración donde se incluía a su esposa DIANA MARIA MANCHOLA TRUJILLO, con quien lleva una unión marital de hecho de 18 años, manifestándonos que la procreación es por pareja y la institución donde fueron remitidos para el diagnóstico solicitó valoración para la pareja, donde se le hicieron unos exámenes.

En el año 2002, constituyó unión marital de hecho con su esposa Diana Manchola, y el 16 de julio de 2010 se casaron por civil, tienen 18 años de convivencia marital, desde año 2002, han intentado por medios naturales procreación de sus hijos y no ha sido posible, por tal motivo han buscado un diagnóstico y tratamiento a seguir a través del sistema de salud que han tenido a través de años, durante 13 años han consultado especialista los cuales encontraron que no han podido procrear porque padece una patología llamada azoospermia total con artrofia testicular bilateral secundaria a una patología primaria parotiditis urlliana que impedido su reproducción efectiva y natural.

Después de haber realizado los exámenes pertinentes a las órdenes enviadas por el Médico de fertilidad Dr. FELIPE VERGARA QUINTERO,

de la clínica PROCREAR, remitida por SANITAS EPS, con fecha 6 de noviembre de 2019, procedió a dar un diagnóstico ordenados por la tutela 2019.00110-00, el médico tratante envió recomendaciones y prescribió ordenes médicas de exámenes de laboratorio y procedimientos de fertilidad, con historia clínica cotización del servicio que adjunta a la presente.

Solicitó autorización de la ordenes médicas por medio pertinente que era el correo de tutela de SANITAS EPS, desde el 19 de noviembre donde no se le había respondido nada y por medio de desacato solicitó se le diera cumplimiento al fallo de tutela, por medio de incidente de desacato, el día 13 de diciembre de 2019.

El 03 de enero se le notifica por medio de correo electrónico que el juzgado se obtenía abrir incidente de desacato ya que el fallo de tutela va hasta el diagnóstico de la patología, de la misma forma en el informe de SANITAS EPS, lo manifiesta acerca que el fallo solo va hasta el diagnóstico y no cubre un procedimiento de fertilidad como lo indica la orden y le manifiestan que un procedimiento NO POS.

No tienen recursos económicos para asumir el costo de un tratamiento para él y tampoco para su esposa como los requeridos y ordenados por el especialista en fertilidad, dado a que es una funcionario público auxiliar de servicios generales de la Procuraduría General de la Nación, y con un sueldo bajo para poder pagar los costos altos, y su esposa es una mujer que trabaja por orden de servicios con un salario mínimo y el empleo no es constante y la orden dice que se le autorice los procedimientos y ordenes emanadas de la consulta de médico especialista en fertilidad, en esa instancia se le está cortando el procedimiento y tratamiento para poder garantizar el derecho a la salud y salud sexual y reproductiva de paternidad y maternidad.

PRETENSIONES :

En virtud de lo anterior, el accionante solicitó le tutelén los derechos fundamentales a la salud, a la dignidad humana a la salud sexual y reproductiva, al libre desarrollo de la personalidad y a la conformar una familia y, en consecuencia, se ORDENE al Representante Legal de SANITAS EPS lo siguiente:

1.- Autorizar las ordenes enviada por el médico especialista en fertilidad Felipe Vergara Quintero, de fecha 06 de noviembre de 2019, que ordenaron la utilización de la técnica de reproducción asistida, fertilización invitrio técnica (ICSI) + FSHR + ANTAGONISTA + PROGESTERONA, por médico Felipe Vergara Quintero, para el caso por el cual se le trata y obviamente están a su nombre y el de su esposa DIANA MANCHOLA TRUJILLO.

Autorizar en forma integral tanto para él y como para su esposa DIANA MANCHOLA TRUJILLO, y en las oportunidades que se requiera desarrollar un programa de fertilidad que pueda incluir medicamentos reproducción asistida, diagnóstico, intervenciones quirúrgicas, fertilización In Vitrio con donación de óvulos o con

donación de semen, preservación y transferencia de embriones, actividades que pueden estar o no incluidas en el POS y todo aquellos procedimientos, medicamentos que sean necesarios.

Autorizar la provisión de viáticos que incluya transporte inter e intraurbano, alimentación y alojamiento en caso de tener que ser remitido junto con su esposa a otra ciudad.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:

La *iudex a quo* con sentencia de 05 de febrero de 2020, resolvió NEGAR la tutela a los derechos invocados por el señor DUVER LEODANY GÓMEZ DÍAZ, frente a SANITAS EP.

Al considerar, que no existe orden médica que justifique el procedimiento que solicita y la presente acción de tutela no cumplió con la exigencia que la ley otorga para poder concederse el amparo deprecado por el accionante, esto es, la orden médica emanada del profesional de la salud adscrito a la EPS, requisito señalado en la ley 1751 de 2015.

FUNDAMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN:

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

Alaga que, si existe una orden médica proferida por el médico tratante FELIPE VERGARA QUINTERO, diagnostico emitido como resultado de la remisión que realizó SANITAS EPS. Alude que el médico Felipe Vergara emite orden médica de fecha 06 de noviembre de 2019, donde dice "ISCI. FSHR + ANTAGONISTA + PROGENESTERONA"

Indica que "ICSI" significa "FECUNDACIÓN IN VITRIO" de tal manera si existe orden médica y no es una terapia alternativa, porque ya se agotaron clínicamente todos los medios y esa ICSI, es el único camino viable para la reproducción dentro de su familia. Manifiesta que la misma EPS solicitó la actualización de la orden médica, lo cual realizó el médico tratante con fecha 15 de enero de 2020.

Resalta que, no tiene recursos económicos para sufragar los gastos que genera la fertilización In Vitrio, ya que su salario neto es de un millón de pesos aproximadamente, y los costos del procedimiento son elevados y ni causando desmedro a su salud física, mental, calidad de vida puede cubrir los gastos y el salario de su esposa es un salario mínimo y se encuentra pagando su vivienda y créditos de libre inversión para completar el pago de la casa, en consecuencia, no puede asumir el tratamiento sin afectar su calidad de vida.

En el trámite de la impugnación allegó escrito aduciendo sobre los nuevos lineamientos de la Corte Constitucional acerca de los procedimientos in vitrio, concluye diciendo que cumple con los requisitos fijados por la Corte Constitucional y la Resolución 228 del 2020 proferida por el Ministerio de Salud y reglamenta la ley 1953 de 2019.

En virtud de lo anterior, solicita revocar el fallo de primera instancia.

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, jurisprudenciales y probatorios 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** el 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 afiliados 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 negativo dado a que la accionante tiene diagnosticado AZOOSPERMIA y su médico tratante adscrito a la entidad SANITAS EPS, indicó como *"alternativa terapéutica para la consecución de familia en esta pareja la Técnica de Reproducción Asistida T.R.A., alta complejidad ICSI (Con semen heterologo), congelación de embriones, Consejería genética y posterior procedimiento miomectomia"* razón está más que suficiente para considerar amparar los derechos fundamentales del actor.

Igualmente, **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".

Descendiendo al caso que nos ocupa, traemos a colación el actual pronunciamiento de la Corte Constitucional¹ sobre la viabilidad de ordenar el procedimiento de FERTILIZACION IN VITRIO, el cual son los siguientes:

1.- La persona o pareja debe encontrarse en un rango de edad en el que el tratamiento sea viable: En este caso debe haber una certificación del médico tratante sobre dicha viabilidad.

Atendiendo al primer requisito sobre la edad del actor de la tutela, tenemos que 44 años de edad y su señora esposa tiene una edad de 41 años, no siendo fácil e edad tener un embarazo de manera normal. Así mismo, en el folio 37 de libelo de tutela, el médico tratante hace alusión a la edad de la esposa del hoy accionante, en la cual indica que "edad reproductiva avanzada" para lo cual ordena el procedimiento FERTILIZACIÓN INVITRIO ICSI + BIOPSIA TESTICULAR, pues, siendo el profesional de la medicina quien ha ordenado el referido procedimiento, teniendo los factores aducidos de la pareja, por lo tanto, se acoge el criterio técnico científico del profesional de la medicina, por cuanto, bajo sus valoraciones ha considerado viable.

2.- El procedimiento de fecundación in vitro debe haber sido prescrito por un médico que haga parte de la EPS a la cual está afiliado el paciente.

¹ Expediente. T-5.761.833 (AC) Boletín No. 13 Bogotá, 21 de febrero de 2020. La Sala Plena estudió cinco acciones de tutela presentadas por mujeres diagnosticadas con infertilidad, que solicitaron la práctica de tratamientos de fertilización in vitro, los cuales fueron negados por las EPS a las que están afiliadas. A partir del análisis de estos casos, la Corte identificó un grave déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro.

Se percibe que el procedimiento ha sido ordenado por su médico tratante adscrito a la EPS sanitas, además de ello, sobre este aspecto la entidad tutelada no objetó sobre tal situación, por lo tanto, de acuerdo al historial clínico fue ordenado por el profesional de la salud competente.

3.- Es necesario que antes se hayan agotado los demás procedimientos y alternativas de tratamiento razonables para atender la infertilidad de la pareja o persona que solicita el tratamiento.

Sobre este requisito, cabe resaltar mediante la sentencia de fecha 14 de mayo de 2019, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Funciones de Control de Garantías de Valledupar, Cesar, bajo radicado 2019-00110-00, se le ordenó a SANITAS EPS, la autorice a DUVER LEONARDY GÓMEZ DÍAZ, cita médica con Urólogo y Endocrinología, y por medio del fallo de segunda instancia, dictado por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes de Valledupar, Cesar, revocó el numeral cuarto de la parte resolutive de la tutela adiado 14 de mayo de 2019, y en consecuencia, ordenó a SANITAS EPS, autorizar la valoración con especialista en infertilidad a fin de establecer el diagnóstico concreto.

Así entonces, en valoración el Dr. Felipe Vergara Quintero, diagnosticó AZOOSPERMIA + FACTOR ENDOCRINO Y EDAD REPRODUCTIVA AVANZADA (ERA) PAREJA DE 41 AÑOS DE EDAD. Por lo tanto, el criterio del médico tratante merece toda la credibilidad del caso, pues, es el profesional de la salud quien conoce la historia clínica del paciente, además, es quien lo ha valorado a través de sus conocimientos de la medicina.

Así mismo, en cuanto el concepto del médico tratante, la Corte Constitucional en **Sentencia T-252/17, estableció:** "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.

Por lo tanto, al tener diagnosticado AZOOSPERMIA y el médico de manera alterna ordenó la fertilización invitro ICSI + BIOPSIA TESTICULAR, pues, deduce este juez de tutela no existe otras posibilidad de tener hijos, dado a que esa patología significa "es la **ausencia total de espermatozoides** en el eyaculado. Dependiendo de cuál sea la causa, distinguimos entre azoospermia obstructiva o secretora. El pronóstico para conseguir el embarazo en cada caso será diferente: en el primero, pueden conseguirse espermatozoides mediante biopsia testicular y ser utilizados en una ICSI, pero en el segundo será más difícil obtenerlos y puede ser necesario recurrir a esperma de donante para realizar el tratamiento de reproducción asistida"

Aunado a lo anterior, lo ordenado por el médico tratante fue FERTILIZACIÓN INVITRO ICSI + BIOPSIA TESTICULAR, lo cual indica que lo ordenado por el profesional de la salud está justificado bajo criterio medico técnico científico.

4-. El médico tratante deberá indicar el número de ciclos que deban realizarse a la persona, con un máximo de tres intentos.

A folio 103 del cuaderno principal, se vislumbra que el médico tratante indicó el número de ciclo que equivale #1, lo cual indica que se cumple el presente requisito.

5.- Las personas o parejas deben carecer de capacidad económica suficiente para poder pagar el costo del tratamiento.

Podemos decir que dentro del presente juicio constitucional la parte actora ha manifestado no tener los recursos económicos para sufragar los costos del procedimiento ordenado por su médico tratante, indica que es una persona asalariada en la Procuraduría General de la Nación, devengando un salario de Un (01) millón pesos aproximadamente, y su esposa labora a través de contrato de prestación de servicios, obteniendo como contraprestación la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, el cual no es estable, argumenta que su salario de allí resta para pagar la casa y tiene crédito de libre inversión.

De la misma forma, aportó la nómina de enero del 2020, el cual se vislumbra que percibe la suma neta de \$583,818,00² pesos, y la otra es de fecha 18 de noviembre de 2019, recibiendo la suma de \$1.176.417.00, pesos³, y sostiene que la suma que recibe él y su esposa no alcanza para tener la capacidad de costear el procedimiento ordenado por su médico tratante.

Por ende, el actor aportó la cotización del costo del procedimiento, el cual asciende en la suma de \$20.361.000 pesos, lo cual indica que teniendo en cuenta su salario y el de su esposa tiene "salario mínimo" y atendiendo que dichos salarios deben suplir el mínimo vital, la calidad de vida de la pareja, considera este juez de tutela, que el actor no cuenta con una capacidad de acuerdo a las pruebas obrantes dentro del presente juicio constitucional y asistiéndole el principio de buena fe y las demás afirmaciones que están soportadas a través de pruebas documentales.

6.- La persona con infertilidad que solicite el tratamiento no puede tener hijos, y tampoco se le puede haber practicado previamente un tratamiento de fecundación in vitro. Es decir, si un paciente ya tiene hijos o en el pasado ya fue beneficiado con una fecundación in vitro, no puede acceder de nuevo a este procedimiento.

A la fecha la persona según el material probatorio obrante en el cuaderno de tutela, no se acreditó dentro del presente juicio constitucional que tenga hijos y tampoco que le hayan iniciado algún procedimiento con fines de Fertilización INVITRO, por lo tanto, le asiste la buena fe al actor de la tutela art, 83 de la Constitución Nacional, al manifestar su deseo de tener familia y que ha estado procurando la manera de tener hijos.

Así las cosas, se percibe que el juez A-quo, no hizo alusión al precedente de la Corte Constitucional en su pronunciamiento en el "expediente T-5.761.833 (AC) Boletín No. 13 Bogotá, 21 de febrero de 202, donde La Sala Plena estudió cinco acciones de tutela presentadas por mujeres diagnosticadas con infertilidad, que solicitaron la práctica de tratamientos de fertilización in vitro, los cuales fueron negados por las EPS a las que están afiliadas. A partir del análisis de estos casos, la Corte identificó un grave déficit de protección de los derechos a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud y de los derechos reproductivos debido a la imposibilidad para las personas de menor capacidad económica de acceder a tratamientos de fertilización in vitro". Además de ello, en la ley 1953 de 2019 y la resolución 228 de 2020, proferida por

² Folio 44 de cuaderno principal.

³ Fol. 45 ídem.

el Ministerio de la Protección Social y Salud, quien indica los requisitos para proceder con el tratamiento de fertilidad.

Habida cuenta, la ley 1953 de 2019, **indica en su art. 4o. TRATAMIENTO DE FERTILIDAD:** Establecida la política pública de infertilidad en un término no superior a un año, el Ministerio de Salud y Protección Social reglamentará el acceso a los tratamientos de infertilidad mediante técnicas de reproducción humana asistida o Terapias de Reproducción Asistida (TRA), 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.

De acuerdo lo anterior, el actor cumple con los requisitos jurisprudenciales y legales para que le sea ordenado el procedimiento de FERTILIZACIÓN INVITRO, así como lo ordenó su médico tratante, puesto, no solamente hay derechos fundamentales como salud, sino la salud sexual reproductiva y el derecho de tener una familia.

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 al procedimiento de FERTILIZACION INVITRO TECNICA (ICSI) #1, FSHr + Agonista GnRh + Progesterona, ordenada por su médico tratante adscrito a la entidad donde está afiliado la SANITAS EPS, convirtiéndose en una negación indefinida, el cual le corresponde a la EPS accionada desvirtuar su incapacidad económica⁴, además, lo devengando por el actor no es suficiente, dicho salario debe suplir sus necesidades básicas, es decir, para este juez de tutela no considera que dichos ingresos sean lo suficiente para decir que cuenta con capacidad económica, pues, cabe resaltar que de acuerdo a la patología diagnosticada AZOOSPERMIA, es un problema de fertilidad el cual debe someterse a un control que demanda muchas valoraciones en la cual deba acudir GOMES DÍAS y tal situación por la imposibilidad económica no puede ser un obstáculo para que obtenga acceso a esos servicios de controles y/o valoraciones con fines de realizarse el procedimiento referido con relación a la patología referida.⁵

Es indispensable aclarar que, en todo caso, la financiación con recursos públicos de tratamientos de fertilización in vitro será

⁴ Sentencia T - 259 de 2019.

⁵ Sentencia T- 401 de 2017.

(i) parcial, pues se requiere un aporte (aunque sea mínimo) de las personas o parejas con infertilidad y (ii) excepcional, por cuánto exige que se cumplan todas las condiciones que la Ley 1953 de 2019 y la presente sentencia establecen, en este caso, considera este Despacho Judicial que el actor cumple con los lineamientos jurisprudenciales y legales para estar dentro del caso excepcional.

Empero, 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 amparo⁶. 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.

Así las cosas, sin más elucubraciones los argumentos de la impugnación 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, 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 revocar la sentencia impugnada.

Por lo anterior y sin más elucubraciones, no le asiste la razón al juez fallador, y en efecto, se procede a revocar la sentencia adiada 05 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, Cesar y, en consecuencia, se procede amparar los derechos fundamentales constitucionales a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud, a la salud sexual reproductiva y a el derecho a tener una familia y, su lugar, se ordena al Representante Legal de la SANITAS EPS, que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice el procedimiento de FERTILIZACION INVITRO TECNICA (ICSI) #1, FSHr + Agonista GnRh + Progesterona, ordenada por su médico tratante a DUVER LEODANY GOMEZ DIAZ.

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: REVOCAR la sentencia adiada 05 de febrero de 2020, proferida por el Juzgado Segundo Civil Municipal de Valledupar, Cesar y, en consecuencia, se procede amparar los derechos fundamentales constitucionales a la dignidad humana, a la igualdad, a la salud, a la salud sexual reproductiva y a el derecho a tener una familia a DUVER LEODANY GOMEZ DIAZ, por las motivaciones antes expuestas.

SEGUNDO: ORDENAR al Representante Legal de SANITAS EPS, que dentro del término de 48 horas contadas a partir de la notificación de la presente providencia, autorice el procedimiento de FERTILIZACION INVITRO TECNICA (ICSI) #1, FSHr + Agonista GnRh + Progesterona, ordenada por su médico tratante a DUVER LEODANY GOMEZ DIAZ.

⁶Corte Constitucional Sentencia T-760 de 2008.

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

QUINTO: 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.