JUZGADO VEINTISIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., veintinueve de marzo de dos mil veintitrés

Ref.: Tutela 110013103027-**2023**-00**144**-00

Se decide la acción de tutela instaurada por LADY TATIANA FONSECA ARIAS - LTFA contra COMPENSAR EPS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - MINISTERIO DE SALUD y ADRES. Asimismo, respecto a la vinculación de la IPS ASOCIADOS EN REPRODUCCIÓN HUMANA Y ASOCIACIÓN PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA - PROFAMILIA

I. Antecedentes

La accionante reclama el amparo del derecho fundamental del derecho de petición en conexidad con el derecho a la vida, indica que en mayo de 2020 presentó tutela por la negativa de la EPS Compensar para la realización del procedimiento de fecundación in vitro obteniendo un fallo favorable donde se le indico que contaba con 3 intentos para dicho procedimiento.

Manifiesta que el 22-10-22 se autorizó por la EPS el primer intento de la fecundación in vitro con cobertura del 100% realizado con la institución Profamilia, realizándose el primer procedimiento el 7-12-20 exitosamente, lamentablemente se presentó una interrupción en el embarazo el 25-01-21.

Indica que para el 24-02-21 se recibió autorización de Compensar para llevar a cabo el segundo intento, donde se extrajeron 6 óvulos enviados a laboratorio, pero al cabo de un tiempo se da la perdida de dichos óvulos, declara que Profamilia concluyo que por inconvenientes biológicos en la pareja se recomendaba un nuevo intento con un ovulo donado y acompañamiento psicológico.

Para el 21-07-21, la EPS Compensar da autorización para el tercer intento de fecundación in vitro pero aquel procedimiento se realizaría con la IPS Asociados en Reproducción Humana, expresándose la inconformidad a la EPS por la tutelante, afirmando que la entidad Profamilia debería continuar con el procedimiento por cuanto aquella entidad ya había realizados los 2 primeros intentos, no obstante

Compensar indico que no se haría cambio de IPS por lo que se debió realizar el tercer intento con la institución Asociados en Reproducción Humana.

Anunció que la IPS Asociados en Reproducción Humana procedió a la búsqueda de un óvulo donado en su banco y que para el 24-09-21 se comienza la preparativo para la transferencia de los óvulos donados, por lo que se debió proceder a la preparación de los medicamentos necesarios para el procedimiento no obstante se le indico que se debía por cuenta propia la consecución de uno de los medicamentos, indica que la IPS no dio el acompañamiento psicológico o institucional suficiente que solo se le asignaba citas.

Indico que el 15-10-21 se realizó el tercer intento con la transferencia de 2 embriones quedando congelados 2, exterioriza que la IPS Asociados en reproducción Humana no dio el seguimiento que, si le prestaba la entidad Profamilia, que solo le practicaron prueba de embarazo que dio negativo y se le indico que cuando lo quisiera tenía 2 embriones para transferir, procediendo al cierre del caso.

Manifestó que para el 9-02-22 se solicitó a la EPS Compensar la transferencia de los embriones restante a Profamilia, pero que la EPS indico que ya se había dado cumplimiento al fallo de tutela por lo que la cobertura del procedimiento ya no sería por cargo al fallo de tutela.

Exterioriza que acudió a Profamilia con su propio peculio para proceder a la fecundación in vitro con los 2 embriones que contaba la IPS Asociados en Reproducción Humana, pero los embriones no contaban con las condiciones requeridas para la fecundación exitosa; manifestó que Profamilia propuso un nuevo ciclo de preparación con los exámenes y acompañamientos necesarios arrojándose unos resultados diferentes a los indicados por la IPS Asociación en Reproducción Humana.

Por último, indica que por todo lo sucedido acudió con derecho de petición en la fecha del 30-01-23 a su EPS Compensar con el fin de que se le diera autorización para la fertilización in vitro por las irregularidades en el procedimiento adelantado por la IPS Asociados en Reproducción Humana en el año 2021.

De las respuestas de las accionadas y vinculadas

1. La entidad accionada COMPENSAR EPS, en su informe a la tutela indica que la accionante incurre en un actuar temerario puesto que cuenta con un fallo favorable emitido en primera instancia por el Juzgado 27 Civil Municipal, y en segunda instancia de ese trámite tutelar el Juzgado 19 Civil del Circuito modifica la sentencia en lo que respecta al trámite previo por la EPS para la verificación de la viabilidad del procedimiento y con cargo al ADRES la comprobación del cumplimiento del requisito de capacidad económica de la pareja para el establecimiento del porcentaje a cargo de los recursos públicos.

También indica que se dio cumplimiento al fallo con el número máximo de intentos ordenados y permitidos mediante la financiación parcial con cargo a recursos públicos, que no hay orden medica por ningún galeno adscrito a la EPS.

Adicionalmente pone de presente que conforme a la Resolución No. 2273 de 2021 expedida por el Ministerio de Salud el servicio y tecnología en salud requerido para el procedimiento solicitado por la accionante se encuentra excluido de la financiación con recursos públicos asignados a la salud y que asimismo se debe dar cumplimiento al precedente jurisprudencial de la Sentencia Unificada No.074 de 2020.

2. La accionada Ministerio de Salud indica que, dentro de sus funciones y competencias por ser el director del sector salud y el SGSSS, mientras que la Superintendencia de Salud es un ente que vigila el cumplimiento de la normativa en salud considera que no se ha vulnerado derecho alguno a la accionante.

Asimismo, realiza un recuento de los esquemas y normativas tanto para la atención como la financiación de servicios y tecnologías en salud, concluyendo que el derecho de petición fundamento de esta acción no fue presentado ante dichas entidades por lo que es improcedente la tutela en lo que le respecta por falta de legitimación en la causa.

3. La Accionada ADRES previo recuento de precedentes constitucionales al efecto de los derechos invocados por la accionante, indica que se presenta falta de legitimación en la causa por pasiva, asimismo manifiesta que conforme a las diferentes

resoluciones sobre los planes de beneficios de salud así como los esquemas de financiación sobre los recursos públicos UPC la entidad se encarga de la remisión de los recursos a cada EPS y que conforme a la Resolución 2152 de 2020 se debe realizar una verificación previa, para el control y pago de algunos de los servicios y tecnologías no financiados con cargo a la UPC ni con el presupuesto máximo por parte de ADRES.

Indica que, aunque es deber de la EPS prestar los servicios en salud de sus afiliados, para el caso en concreto del tratamiento de reproducción asistida se requiere un concepto favorable por el médico tratante así como la verificación de la capacidad económica y afectación de los derechos fundamentales por la ADRES y que con lo informado en este trámite constitucional no se observa la procedencia de la acción por no contarse con el agotamiento de los trámites sentados jurisprudencialmente para este tipo de asuntos.

Conforme a lo abundantemente expuesto por la accionada solicita la desvinculación de la entidad y de ser el caso negar el recobro por la EPS por los servicios que se llegare a prestar.

La vinculada Asociados en Reproducción Humana se limitó a la aportación de los soportes documentales de la atención y procedimiento realizado a la accionante y su pareja, como da cuenta el consecutivo 008.

Mientras que la vinculada Asociación Profamilia exterioriza que no le ha vulnerado derecho alguno a la accionante, manifiesta que se esta atenta a la autorización de la EPS para llevar a cabo el procedimiento y/o directamente por la accionante y su pareja por vía particular

II. Consideraciones

La acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política, reglamentada por los Decretos 2591 de 1991 y 306 de 1992, como lo ha reiterado la doctrina constitucional, es procedente cuando quiera que la actuación u omisión de la autoridad pública, o de un particular en los estrictos casos autorizados, infrinja o amenace derechos constitucionales fundamentales, siempre que el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, a menos

que se promueva como mecanismo transitorio para evitar un daño irremediable.

Así las cosas, su viabilidad o procedencia exige dos precisos requerimientos: por un lado, que la actuación extendida comprometa un derecho del linaje avisado y, por otro lado, que no exista mecanismo de protección distinto.

Problema Jurídico.

En este caso, debe el Despacho lo determina así: ¿Se ha vulnerado el derecho fundamental de derecho de petición invocado por la señora Lady Tatiana Fonseca Arias por parte de las accionadas y/o vinculadas COMPENSAR EPS, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD - MINISTERIO DE SALUD y ADRES, así como la IPS ASOCIADOS EN REPRODUCCIÓN HUMANA y ASOCIACIÓN PROBIENESTAR DE LA FAMILIA COLOMBIANA – PROFAMILIA en razón de no brindar una respuesta de fondo y concreta?

Del Derecho de petición.

Con relación al derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, vislumbra no sólo la posibilidad de que toda persona pueda presentar peticiones respetuosas ante las autoridades, sea en interés general o particular, sino a la par el derecho de obtener de aquellas una respuesta despejada y precisa del contenido sometido a su consideración, dentro del término contemplado en las normas jurídicas y notificada eficazmente.

Con todo, la falta de una respuesta o la resolución tardía de la solicitud, se constituye en una forma clara de violación de tal derecho constitucional fundamental, la cual puede ser contrarrestada por esta excepcional vía constitucional.

Sobre el particular, la Corte Constitucional ha puntualizado lo siguiente:

> *"Así, pueden identificarse los componentes elementales del núcleo conceptual del derecho de petición que protege la Carta Fundamental de 1991, consistentes en la pronta contestación*

de las peticiones formuladas ante la autoridad pública, que deberá reunir los requisitos de suficiencia, efectividad y congruencia para que se entienda que ha resuelto de fondo y satisfecho la solicitud del petente.

"Respecto a los requisitos señalados, esta Entidad ha manifestado que una respuesta es suficiente cuando resuelve materialmente la petición y satisface los requerimientos del solicitante, sin perjuicio de que la respuesta sea negativa a las pretensiones del peticionario; es efectiva si la respuesta soluciona el caso que se plantea (artículos 2, 86 y 209 de la C.P.); y es congruente si existe coherencia entre lo respondido y lo pedido, de tal manera que la solución a lo pedido verse sobre lo preguntado y no sobre un tema semejante o relativo al asunto principal de la petición, sin que se excluya la posibilidad de suministrar información adicional que se encuentre relacionada con la petición propuesta"

En este orden, el derecho fundamental de petición, de que trata el Artículo 23 de la Constitución Política, se quebranta, cuando no se resuelve o no se da respuesta oportuna a una solicitud. En efecto, la disposición en comentó prevé:

"Toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas por motivo de interés general o particular y a obtener pronta resolución".

Configuración de la falta de legitimación en la causa por pasiva.

Ha precisado la jurisprudencia constitucional[1] que, aun cuando la acción de tutela está llamada a desarrollarse dentro de un marco de relativa informalidad, en razón a las características muy particulares que la identifican, el procedimiento que sigue a su ejercicio se encuentra amparado por el derecho al debido proceso (Art. 29 C.Pol.), de tal manera que en su trámite se deben satisfacer unos presupuestos básicos del juicio como son, entre otros, la capacidad de las partes, la competencia y la debida integración de la causa pasiva.

[1], Sentencia T-091 de 1993 y los Autos 289 de 2001, 287 de 2001, 295 de 2001, 007 de 2003, 115 de 2005 y 147 de 2005, entre otros

En igual sentido sobre la legitimación en la causa por pasiva, en el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 se dispone: "La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental (...)", por lo que tal presupuesto se entiende satisfecho con la correcta identificación de las personas o autoridades responsables de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados, destacando a la vez que su adecuada integración persigue garantizar a los presuntos implicados el derecho a la defensa y, por esa vía, permitirles establecer el grado de responsabilidad que les pueda asistir en los hechos que son materia de la controversia constitucional, ello para evitar sentencias desestimatorias en perjuicio de la accionante o sentencias inhibitorias que no se pueden dar en sede de tutela, ello conforme a expreso mandato del Art 29 del Decreto 2591 de 1991.

Caso concreto.

Pretende la accionante Lady Tatiana Fonseca Arias Parra la protección de su derecho fundamental de petición, por lo que solicita ha de poner de presente el escrito de petición que esboza lo siguiente:

Pretensión solicito respetuosamente en calidad de cotizante de la EPS Compensar sea revisado la realización del procedimiento de fecundación in vitro por parte de la IPS ASOCIADOS EN REPRODUCCION HUMANA siendo el tercer ciclo de ICSI el más importante como única y última posibilidad bajo el fallo de tutela para lograr un embarazo, respetándose mis derechos a la salud, adecuado nivel de vida, vida digna, salud y seguridad social en conexidad con la vida.

En consecuencia, de dicha revisión, y considerando las irregularidades ocurridas, se me otorguen nuevas alternativas para avanzar con el tratamiento y se autorice nuevo proceso de FERTILIZACIÓN INVITRO CON ICSI con PROFAMILIA, incluyendo todos los gastos y medicamentos.

En este orden de ideas, la EPS accionada no ha dado respuesta directa y clara a la petición elevada, ni antes o durante este trámite tutelar, puesto que Compensar se limitó a indicar la presunta temeridad de la accionante en el entendido que la Sra. Lady Tatiana obtuvo un fallo favorable respecto a la fecundación asistida en la cual se le concedió un total de tres intentos para el procedimiento de fertilización in vitro que según se da cuenta al expediente tutelar se realizaron, pero según la actora el tercer y último intento se presentaron irregularidades con la IPS Asociados en Reproducción Humana.

No obstante, como lo pretendido a través de la presente acción es un pronunciamiento frente a lo solicitado el 30 de enero de 2023, y sobre el

particular se ha dicho de manera concreta que no se ha dado respuesta, independientemente de las razones que tenga la EPS Compensar para no hacerlo, es claro que se está vulnerando el derecho de petición de la accionante, puesto que no se ha dado respuesta clara respecto de si se llevó a cabo una revisión a la forma y/o métodos adelantados por la Institución Prestadora de Salud respecto al procedimiento de Fertilización In Vitro con ICSI, por ser este el método implementado tanto por Profamilia como por la IPS Asociados en Reproducción Humana en cumplimiento del fallo dictado por el Juzgado 26 Civil Municipal y Modificado por el Juzgado 19 Civil del Circuito.

Así pues, para esta judicatura no estamos frente a una actuación temeraria como quiera que lo pretendido con esta acción es la respuesta al derecho de petición elevado el pasado 30-01-23, esto es, la verificación de la forma en que se llevó a cabo el procedimiento de fertilización, y así pues poder concluir si se dio cumplimiento efectivo y real o no a la concesión del amparo por el derecho a salud dado por las células judiciales conocedoras de dicha acción de tutela.

Recordemos que de manera constante ha sostenido la jurisprudencia, que el derecho de petición no se quebranta cuando la respuesta es contraria a lo pretendido por el petente, pues lo que interesa y ese fue el espíritu del Constituyente es dar una respuesta, esto es, que haya pronunciamiento frente a la solicitud o las inquietudes planteadas, sin que necesariamente dicho pronunciamiento sea totalmente a su favor, sin embargo, reitera el Despacho, en este caso no existe un pronunciamiento por parte de la accionada. Si Compensar EPS considera que la petición elevada por la actora es improcedente, debe dar respuesta explicando los motivos por los cuales tiene dicha consideración, de manera clara, precisa, que la peticionaria pueda llegar a entender.

Como quiera que el derecho de petición fue presentado directamente a la EPS Compensar, es esta entidad la legitimada para dar la respuesta al derecho de petición.

Teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales trascritos y para el caso concreto se advierte que no se evidencia respuesta alguna a la petición realizada por la accionante, respuesta que, independiente de la concesión o negación de lo pedido, debe realizarse de manera clara, oportuna y de fondo, además de tener que ponerse en conocimiento de la peticionaria LADY TATIANA FONSECA ARIAS, circunstancia por la cual sin mayores consideraciones el amparo constitucional deprecado será concedido.

III. Decisión:

Congruente con lo expuesto, el Juzgado Veintisiete Civil del Circuito de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE:

1. CONCEDER el amparo solicitado por el señor LADY TATIANA FONSECA ARIAS contra COMPENSAR EPS, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

2. En consecuencia, se ORDENA a COMPENSAR EPS, que dentro de las (48) horas siguientes a la notificación del fallo de tutela, se dé respuesta de fondo conforme lo establecen la normatividad y la jurisprudencia colombiana.

3. ORDENAR a la Superintendencia Nacional de Salud que, en el marco de sus funciones de inspección y vigilancia, verifique el cumplimiento de las obligaciones establecidas en cabeza de la EPS Compensar.

4. NOTIFÍQUESELE a las partes este fallo por el medio más expedito.

5. REMITIR el presente fallo a la Corte Constitucional para lo de su cargo, en caso de no ser impugnado, conforme a las instrucciones pertinentes para el efecto.

Notifíquese y Cúmplase,

MARIA EUGENIA FAJARDO CASALLAS
JUEZA

mprl

Firmado Por:

Maria Eugenia Fajardo Casallas

Juez

Juzgado De Circuito

Civil 027 Escritural

Bogotá, D.C. - Bogotá D.C.,

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

Código de verificación: **bf91b5bded4bc03c160e2df4234ba4c8c625d2f2da4a5ae87fe886236c070de3**

Documento generado en 29/03/2023 11:14:29 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL: https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica