

SENTENCIA T-644 de 2010

Referencia: expediente T-2644626

Acción de tutela instaurada por Martha Yannet Manrique Sierra contra Cosmitet Ltda IPS.

Magistrado Ponente:
Dr. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Bogotá D.C., diecinueve (19) de agosto de dos mil diez (2010).

La Sala Novena de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados LUIS ERNESTO VARGAS SILVA, MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9 de la Constitución Política y en el Decreto 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión de los fallos dictados por el Juzgado 29 Civil Municipal de Cali, el 11 de febrero de 2010, y el Juzgado 11 Civil del Circuito de la misma ciudad, el 9 de abril de la presente anualidad, que resolvieron la acción de tutela promovida por Martha Yannet Manrique Sierra contra Cosmitet Ltda IPS

I. ANTECEDENTES

1. Hechos y acción de tutela interpuesta:

El 29 de enero de 2010, actuando por conducto de apoderado judicial, la señora Martha Yannet Manrique Sierra instauró acción de tutela contra Cosmitet Ltda IPS, por considerar que ésta con sus actuaciones vulnera sus

derechos a la salud en conexidad con la vida digna, a la familia y a sus derechos sexuales y reproductivos, atendiendo los siguientes hechos:

1.1. La accionante manifiesta que, en su calidad de docente de tiempo completo de la Institución Educativa Antonio Nariño, desde hace 4 años está afiliada al régimen de excepción en salud del magisterio, por lo cual ha venido cotizando sin interrupción a la empresa Cosmitet Ltda IPS del municipio de Zarzal – Valle.

1.2. Señala que hace año y medio comparte su vida con el señor Omar Darío Ochoa Quintero mediante unión marital de hecho y juntos tienen la expectativa de ser padres biológicos.

1.3. Indica que desde el año 2007, ha acudido en varias oportunidades a los médicos adscritos a la entidad accionada para consultar sobre las patologías que presenta su sistema reproductor, por cuanto le ha sido imposible quedar en embarazo. Aduce que a pesar de las múltiples consultas no ha obtenido un diagnóstico y una orientación clara frente a su enfermedad, razón por la cual no se ha tratado la causa directa de su padecimiento. En la última cita del 17 de octubre de 2007, el reporte médico enseña que la actora sufre “*fibromiomatosis uterina de medianos elementos*”¹.

1.4. Aduce que al no recibir la atención médica esperada por parte de la acusada, consultó al Centro de Biomedicina Reproductiva del Valle S.A. - Fecundar, en donde el ginecobstetra dejó constancia en la historia clínica, con fecha 19 de mayo de 2009, que se trata de una paciente de 41 años de edad que presenta una “*función ovárica ovulatoria alterada*”², razón por la cual le fue ofrecida la realización de ciclos de fertilización in vitro con óvulo donado, ya que su útero a pesar de tener pequeños miomas, no se encuentra afectado en su arquitectura. A la paciente también se le diagnosticó “*síndrome de ovario poliquístico y obstrucción en las trompas de Falopio*”.

1.5. La accionante indica que el tratamiento que requiere cuesta aproximadamente \$15'400.000,00³ y que el salario mensual que devenga asciende a la suma de \$1'050.665,00⁴ sin deducir las diferentes obligaciones crediticias que tiene, motivo por el cual señala que carece de recursos económicos suficientes para pagar las sesiones de fertilización in vitro con óvulo donado.

¹ Cfr. folio 44 del cuaderno 1.

² Cfr. folio 45 ibídem.

³ A folio 46 del expediente, se observa cotización del paquete para tratamiento de fertilización in vitro con óvulo donado expedido por la empresa Fecundar. Su costo total es de \$15.400.000,00.

⁴ Cfr. folio 59 del cuaderno 1.

1.6. Arguye que al estar fuera de sus posibilidades económicas, solicitó a la entidad accionada la autorización del procedimiento denominado fertilización in vitro con óvulo donado, pero esa entidad mediante comunicación del 16 de junio de 2009, le negó el servicio solicitado por no encontrarse éste dentro de los términos de referencia estipulados como cobertura del servicio de salud⁵. A pesar de ello, el 21 de julio de 2009 la actora fue citada a la sede administrativa de Cosmitet Ltda IPS, en donde se le expidió una orden de servicios dirigida a la empresa Fecundar, autorizando la valoración para iniciar programa de fertilización asistida con el doctor Julio Velásquez⁶.

1.7. La actora manifiesta que el programa de fertilización asistida fue iniciado en el Centro de Biomedicina Reproductiva del Valle – Fecundar. Agrega que el ginecobstetra envió el 15 de septiembre de 2009 a la empresa Cosmitet Ltda IPS, una comunicación en la que manifestaba: *“El ciclo de fertilización in vitro practicado a la paciente, resultó afortunadamente exitoso. Debe recibir hasta la semana 10 de gestación PROGESTERONA MICRONIZADA NATURAL (Gestulin x 200 mg) 3 tabletas vaginales al día y 3 tabletas orales de PROGYNOVA”*⁷. Al reclamar esos medicamentos a la accionada por ser indispensables para el sostenimiento del embrión implantado, la entidad negó su autorización arguyendo que hacen parte de las exclusiones explícitas del contrato con la Fiduprevisora, por relacionarse con tratamientos de infertilidad⁸.

1.8. Narra la accionante que por no contar en ese momento con los recursos económicos para adquirir los medicamentos formulados, el 10 de octubre de 2009 se identificó la muerte del embrión implantado y le fue ordenada la realización de un legrado.

1.9. Señala que después de la pérdida continuó en el programa de fertilización asistida, para lo cual solicitó una nueva orden en el mes de noviembre de 2009 con miras a persistir en el tratamiento in vitro. A finales de ese mes recibió respuesta de parte de Cosmitet Ltda IPS, en la cual se le informaba la negativa de expedir la orden para continuar con el tratamiento in vitro⁹, situación que en sentir de la actora configura una *“abrupta interrupción en la continuación en la prestación del servicio de salud”*.

1.10. En virtud de lo anterior, la accionante promovió acción de tutela con el propósito que se ordene a la entidad demandada que restablezca la continuidad

⁵ Cfr. folio 47 del cuaderno 1.

⁶ A folio 50 del expediente, se observa autorización expedida por Cosmitet Ltda y dirigida a Fecundar S.A., en la cual se da beneplácito para que la accionante inicie el programa de fertilización asistida con óvulo donado.

⁷ Cfr. folio 52 del cuaderno 1.

⁸ Cfr. folio 52 ibídem.

⁹ Cfr. folio 49 ejúsdem.

en la prestación del servicio tendiente a desarrollar el programa de reproducción asistida con óvulo donado, para lo cual solicitó que se incluyan, en caso de requerirlo, las autorizaciones de medicamentos, de ayudas diagnósticas y de intervenciones quirúrgicas poco invasivas. Así mismo, pidió que el procedimiento in vitro continúe en cabeza del ginecobstetra que la viene tratando.

2. Respuesta de la entidad accionada:

El Asesor Jurídico de la Corporación de Servicios Médicos Internacional Them y Cia Ltda “Cosmitet Ltda”, comenzó por aclarar que la sociedad que representa no es una EPS, sino una entidad privada que presta sus servicios de salud a los usuarios afiliados al régimen de excepción del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, bajo la modalidad de Institución Prestadora de Servicios de Salud IPS.

En virtud de lo anterior, la Fiduciaria La Previsora S.A. y la Unión Temporal del Suroccidente 2, la cual está conformada por las sociedades Cosmitet Ltda y Proinsalud Ltda, suscribieron un contrato de prestación de servicios médicos derivado de la invitación pública No. 001 del 1° de noviembre de 2008, el cual se encuentra vigente y se rige por los términos de referencia del plan de beneficios y coberturas que aprobó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio. Explicó que dentro del anexo No. 5 de dicho plan, figura como exclusión los tratamientos y exámenes que buscan combatir la infertilidad, disposición contractual que tiene fundamento en el artículo 7° del Acuerdo 008 de 1994, expedido por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud¹⁰. Por consiguiente, señaló que el cubrimiento de los servicios que solicita la actora mediante la tutela, deben ser consultados con el asegurador que para los efectos es la Fiduciaria La Previsora S.A.

Afirmó que en el presente caso no existe orden de médico tratante, adscrito a Cosmitet Ltda IPS, que solicite el tratamiento de fertilidad que reclama la actora, sumado a que la exclusión de los tratamientos de fertilidad no vulnera derecho fundamental alguno de las personas que genéticamente se encuentran imposibilitados para procrear, puesto que el Estado solo se encuentra obligado a garantizar el ejercicio pleno del derecho a la reproducción respecto de aquellas personas funcionalmente habilitadas y aptas para tal propósito.

De esa forma, solicitó negar el amparo constitucional por improcedente y, de forma subsidiaria, en caso de ser concedida la tutela, pidió que se autorice a Cosmitet Ltda para que recobre el costo del tratamiento a la Fiduciaria La

¹⁰ Artículo 7°: “Aprobar las exclusiones y limitaciones del Plan Obligatorio de Salud que no contribuyen al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos, suntuarios, y aquellos que expresamente defina el consejo en el futuro, más los que se describen a continuación: c) Tratamientos para la infertilidad”.

Previsora S.A. y, a su vez, que ésta pueda recobrar los gastos al FOSYGA. Lo anterior por cuanto Cosmitet Ltda, como IPS, no puede adelantar el recobro directamente al FOSYGA.

II. SENTENCIAS OBJETO DE REVISIÓN.

2.1. Primera Instancia:

El Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali – Valle, en sentencia del 11 de febrero de 2010, negó por improcedente el amparo constitucional, al considerar que si bien la maternidad es un justo anhelo de toda mujer como proyección personal y de la propia especie, también lo es que cuando ésta no se logra por motivos de índole puramente fisiológicos que en nada afectan la salud de la mujer, estos tratamientos para la infertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud por expresa disposición del artículo 18 de la resolución 5261 de 1994. Concluyó que el procedimiento que solicita la actora no tiene relación alguna con una dolencia o enfermedad que comprometa directamente su vida o su salud.

2.2. Impugnación presentada por la parte actora:

El apoderado judicial de la accionante manifestó que impugnaba el fallo que le fue adverso a su prohijada, pero no indicó los motivos de su inconformidad¹¹.

2.3. Segunda Instancia:

El Juzgado Once Civil del Circuito de Cali, en sentencia del 9 de abril de 2010, confirmó la decisión del *a-quo* argumentando que el problema de infertilidad de padece la accionante y su falta de tratamiento, no compromete de forma grave su derecho a la vida, ni genera consecuencias adversas para su integridad física. Así mismo, indicó que en el presente caso no se puede extender la cobertura del POS para autorizar el tratamiento de fertilización in vitro, por cuanto Cosmitet Ltda IPS actualmente no ha dado nuevo inicio a dicho tratamiento. Si bien lo autorizó en el mes de julio de 2009 y en esa oportunidad el tratamiento falló por negligencia de la actora, el *ad-quem* señaló que han pasado más de 7 meses y, por ello, no puede aplicarse el principio de continuidad en la prestación del servicio de salud.

III. INSISTENCIA PRESENTADA POR EL DEFENSOR DEL PUEBLO:

El Defensor del Pueblo, invocando las facultades conferidas en los artículos 86 y 282 de la Constitución Política y 33 del Decreto 2591 de 1991, insistió

¹¹ Cfr. folio 135 del cuaderno principal.

ante esta Corporación en la selección para revisión del presente asunto de tutela. Para tal efecto, consideró que el tratamiento para combatir la infertilidad que padece la accionante fue iniciado por Cosmitet Ltda IPS y posteriormente fue interrumpido de manera abrupta al negarle el suministro de los medicamentos ordenados por el médico particular. Así, señaló que el caso de la accionante se encuentra dentro de una de las dos hipótesis fácticas exceptivas que habilitan la extensión del POS para tratamientos relacionados con la fertilidad, por lo cual el amparo está llamado a prosperar.

IV. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS DE LA CORTE.

1. Competencia.

Esta Corte es competente para revisar las decisiones judiciales antes descritas, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991, atendiendo a la selección y el reparto efectuado el 24 de junio de 2010.

2. Problema Jurídico.

De acuerdo con los hechos expuestos, en este caso se plantea el siguiente problema jurídico a resolver: ¿Desconoce Cosmitet Ltda IPS los derechos a la vida y a la salud de una afiliada, así como su derecho a ser madre, al negarse a autorizar un tratamiento de fecundación *in vitro* que en oportunidad anterior ya le había sido ordenado y que busca superar el problema de infertilidad secundaria que padece la actora, alegando que los tratamientos de fertilidad se encuentran excluidos del plan de atención en salud del magisterio?

Para resolver la cuestión planteada, estima la Sala la necesidad de ocuparse de los siguientes temas: (i) Régimen de Seguridad Social en Salud aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio; (ii) El derecho fundamental a la salud, sus limitaciones y el alcance excepcional de la acción de tutela con relación a los tratamientos de fertilidad; (iii) Subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando la prestación del servicio se requiere con necesidad. Aplicación analógica al plan de atención en salud que se brinda a los docentes estatales; y, posteriormente (iv) revisará las pruebas presentadas en el caso concreto para determinar cuál es la situación de la accionante en procura de impartir una decisión constitucional.

3. Régimen de Seguridad Social en Salud aplicable a los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio:

3.1. De acuerdo con el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, el Sistema Integral de Seguridad Social que tiene una proyección general, no le es aplicable a todos los estamentos que hacen parte de la comunidad nacional. La propia ley reconoce una serie de regímenes especiales de seguridad social, cuyos titulares están excluidos de la aplicación de la normatividad general. Tal es el caso de los miembros de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, del personal regido por el Decreto 1214 de 1990 y de los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, entre otros.

Por mandato expreso de los artículos 3° y 5° de la Ley 91 de 1989, las prestaciones sociales en general y los servicios médico-asistenciales de los docentes y de sus beneficiarios en particular, corren a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado como una cuenta especial de la Nación -adscrita al Ministerio de Educación Nacional-, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos son manejados por una entidad fiduciaria estatal que, según lo dispuesto en la escritura pública 0083 del 21 de junio de 1990 de la Notaría 44 de Bogotá D.C. -con sus respectivas prórrogas, la última de ellas vigente-, es la fiduciaria La Previsora S.A.

Como complemento de lo anterior, el artículo 6° de la Ley 60 de 1993 dispone que todos los docentes, ya sean de vinculación departamental, distrital o municipal, deben incorporarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio para recibir los servicios asignados a éste; servicios que, en lo que corresponde a la atención en salud y por disposición de los numerales 1° y 2° del artículo 5° de la Ley 91 de 1989, se encuentran a cargo de entidades contratadas por la fiduciaria, siguiendo las instrucciones que para el efecto imparta el Consejo Directivo del Fondo.

3.2. Sobre el punto, ha podido precisar la jurisprudencia constitucional que el régimen de seguridad social en salud de los educadores estatales se determina a nivel departamental en el respectivo contrato de prestación de servicios, suscrito entre la fiduciaria y la empresa a quien corresponde la atención de los usuarios. En este sentido la Corte expresó que:

“(...) El numeral 5° de la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, dispone que es obligación de la fiduciaria contratar con las entidades que señale el Consejo Directivo del Fondo los servicios médico-asistenciales del personal docente. Corresponde a los comités regionales del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio¹², recomendar al Consejo Directivo las entidades con las cuales se contratará la prestación de los servicios médico-asistenciales a nivel departamental, de acuerdo con la propuesta que presente cada

¹² Ley 91 de 1989, artículo 3°

entidad, la que debe reflejar las indicaciones mínimas establecidas por los respectivos comités y avaladas por el Consejo Directivo (Decreto 1775 de 1990, artículo 3º-c).”¹³

Así las cosas, de conformidad con la Ley 80 de 1993, Ley 1150 de 2007 y el Decreto reglamentario 2474 de 2008, entre otras disposiciones, que son de obligatorio cumplimiento para las entidades de orden nacional, el Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio dispuso que se diera estricto cumplimiento en la aplicación de los principios de transparencia, economía, responsabilidad y selección objetiva convocando, mediante invitación pública, la selección del contratista que garantice la prestación de los servicios médico-asistenciales a los docentes activos y pensionados afiliados a dicho Fondo, al igual que a sus beneficiarios.

De esta forma, la fiduciaria La Previsora S.A. adelantó el proceso de convocatoria pública – selección abreviada No. 001 de 2008, para el cual estableció, dentro de los términos de referencia que rigen la prestación de los servicios médico-asistenciales para los afiliados al Fondo, las condiciones jurídicas, financieras y técnicas a las cuales se debían ceñir los proponentes.

Una vez analizada la información de las propuestas, el Consejo Directivo del Fondo recomendó celebrar el contrato de prestación de servicios médico-asistenciales con la Unión Temporal de Sur Occidente 2, la cual tiene a su cargo brindar cobertura en salud a los Departamentos del Valle, Cauca y Nariño; dicha Unión Temporal se encuentra conformada por Proinsalud Ltda y Cosmitet Ltda, siendo ésta última la entidad accionada en la presente tutela. Estas dos IPS actualmente prestan los servicios de acuerdo con lo establecido en el plan de atención en salud para el magisterio, el cual define los servicios que se prestan a los afiliados y beneficiarios del Fondo, conformados por los servicios de salud contemplados en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, más lo establecido en el PACM (Plan de Atención Complementaria del Magisterio), de acuerdo con la ley y los pliegos de condiciones de la convocatoria pública.

Quiero ello decir, a título de conclusión, que las entidades oferentes en cada uno de los departamentos del territorio nacional, pueden brindar coberturas más amplias y servicios adicionales a los afiliados del magisterio, situación que se traduce en que *“al no existir homogeneidad en los servicios médicos asistenciales prestados en este régimen especial, es pertinente tener en cuenta que hasta que el sistema no se consolide y preste los servicios en forma universal y en condiciones de igualdad para todos, en el caso de los docentes vinculados a las plantas de personal de los entes territoriales, la prestación depende de la oferta de servicios que haya en cada región y la disponibilidad*

¹³ Sentencia T-348 de 1997, reiterada en las sentencias T-197 de 2006, T-1052 de 2006 y T-318A de 2009.

*de recursos con que cuente cada Departamento, los cuales deben estar plasmados en el respectivo contrato de fiducia, sin que por ello se deba entender que se pueden desconocer los principios y valores contemplados en la Constitución y en la jurisprudencia de la Corte*¹⁴.

4. El derecho fundamental a la salud, sus limitaciones y el alcance excepcional de la acción de tutela con relación a los tratamientos de fertilidad:

4.1. En línea de principio, antes de ahondar en el alcance de la acción de tutela frente a los tratamientos que buscan combatir la creciente infertilidad en la población colombiana, la Sala considera necesario reiterar que el derecho a la salud goza de una connotación *ius fundamental*¹⁵ y, por ende, debe ser garantizado “de forma autónoma” a todos los seres humanos teniendo en cuenta su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana.

En esa medida, su protección debe partir de las políticas estatales y debe ceñirse a la disponibilidad de los recursos destinados a su cobertura; por consiguiente, el señalar la fundamentalidad de ese derecho no implica *per se* que todos los aspectos cobijados por éste son tutelables, ya que los derechos constitucionales no son absolutos, pues se encuentran limitados por los criterios de razonabilidad y proporcionalidad que imponen el estudio de cada caso en concreto. Precisamente, la complejidad que entraña el derecho a la salud implica que la plena garantía del goce efectivo esté supeditada en parte a los recursos materiales y a las instituciones disponibles. Lastimosamente en Colombia la escasez de recursos trae consigo una clara determinación de prioridades en materia de gasto público y social, elementos indispensables para hacer efectivo un derecho de “*carácter prestacional y programático, pero de cumplimiento progresivo*”¹⁶, como lo es el derecho a la salud.

Como el derecho fundamental a la salud es limitable y, por lo tanto, el plan de beneficios -bien sea del régimen general o de los regímenes exceptuados-, no tiene que ser infinito sino que puede circunscribirse a cubrir las necesidades y las prioridades de salud determinadas por los órganos competentes para asignar de manera eficiente los recursos escasos disponibles, la Corte

¹⁴ Sentencia T-318A de 2009. En ese caso específico, la Corte tuteló el derecho a la salud, a la vida y a la dignidad humana de una docente del departamento del Valle del Cauca, quien reclamaba que **Cosmitet Ltda** le practicara una cirugía bariátrica. Así, ordenó a la entidad accionada que previamente a la realización de la intervención quirúrgica que le había sido prescrita a la actora, la sometiera a una valoración por un grupo multidisciplinario de especialistas que le suministrara la información pertinente en forma clara y concreta, sobre los beneficios, riesgos y demás consecuencias que podrían generar en su salud y en su organismo la cirugía bariátrica que se le dictaminó, para que manifestara de manera libre y espontánea su voluntad de someterse a la misma. Una vez obtenido el consentimiento informado de la paciente, la entidad debía autorizar y gestionar la práctica de la intervención quirúrgica, de conformidad con las prescripciones e indicaciones de los médicos tratantes de la actora.

¹⁵ Sentencia T-760 de 2008. Numeral 3.2.5.

¹⁶ Sentencia T-760 de 2008. Numeral 3.3.6.

Constitucional en numerosas sentencias ha negado servicios de salud solicitados por vía de tutela¹⁷ y, de paso, ha admitido que el plan de beneficios excluya los tratamientos de fertilidad por cuanto no es obligación del Estado garantizar la procreación biológica a las parejas colombianas (**T-760 de 2008 numeral 3.5.2**).

4.2. Bajo esa línea argumentativa, la jurisprudencia de esta Corporación ha reiterado que, en principio, la exclusión de los tratamientos de fertilidad del Plan Obligatorio de Salud *-concretamente-* no vulnera los derechos fundamentales de aquellas personas que se encuentran en imposibilidad de procrear, por cuanto: (i) Dicha exclusión no solo constituye un legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal¹⁸, sino que además resulta afín con la necesidad de implementar un sistema de seguridad social en salud que atienda al principio de universalidad y brinde garantía de cobertura a todos los habitantes del territorio nacional, máxime cuando los recursos son escasos y deben destinarse prioritariamente a la atención de enfermedades que pongan en riesgo la vida y la salud de los afiliados, y (ii) El artículo 43 de la Constitución Política establece una especial asistencia y protección a las mujeres durante el embarazo y después del parto, amparo que opera *“siempre que la función procreadora de la especie sea naturalmente posible; esto, toda vez que la obligación del Estado no va más allá de cumplir con su deber de abstención en el desarrollo de actividades que puedan afectar, obstruir o limitar el derecho de la mujer a procrear”*¹⁹.

No obstante, la Corte Constitucional ha establecido excepcionalmente ciertos casos en los cuales procede la acción de tutela para conceder tratamientos de fertilidad por existir riesgo en la salud, integridad o vida de la paciente. Dichos casos fueron resumidos por la otrora Sala Tercera de Revisión, en la sentencia **T-890 de 2009**, así: *“(i) Cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS -o IPS- sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho proceder; (ii) Cuando se requiere la practica de exámenes diagnósticos para precisar una condición de salud de una mujer asociada a la infertilidad; y, (iii) Cuando la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (infertilidad secundaria)”*.

4.3. Concretamente, frente al primer caso exceptivo, esto es, cuando el tratamiento de fertilidad fue iniciado y es posteriormente suspendido por la EPS o IPS sin mediar concepto médico o científico que justifique dicho

¹⁷ Se pueden consultar, específicamente frente a tratamientos de fertilidad, las sentencias T-698 de 2001, T-946 de 2002 y T-752 de 2007, entre otras.

¹⁸ Sentencias T-689 de 2001 y T-752 de 2007.

¹⁹ Sentencia T-1104 de 2000. Sobre el mismo tema, consultar las sentencias T-512 de 2003, T-242 de 2004, T-870 de 2008 y T-424 de 2009.

proceder, esta Corporación en sentencia **T-572 de 2002**, entre otras, concedió el amparo a una señora que padecía de ciclos anovulatorios (problemas para concebir por ausencia de ovulación) y a quien su ginecólogo tratante le inició un proceso de inducción para ovular con pastillas de zimaquin y posteriormente con ampollas de pergonal, las cuales fueron por un tiempo suministradas por su EPS. Ante la falta de resultados positivos y la posible afectación física o psicológica de la paciente, el mismo ginecólogo indicó que la efectividad del tratamiento exigía un mayor número de inyecciones para aplicar, dosis que negó la EPS arguyendo que el medicamento se encontraba excluido del Plan Obligatorio de Salud. En esa oportunidad la Corte consideró que *“no se puede suspender el tratamiento, si el médico tratante así lo prescribe. Aplicar las inyecciones, según el médico tratante, ‘en el caso en mención se hace absolutamente necesario, ya que la paciente tiene como diagnóstico una falla ovárica prematura’. Romper abruptamente lo que se había comenzado ocasiona un perjuicio irremediable y viola los derechos anteriormente mencionados (dignidad, igualdad, integridad física, confianza legítima)”*.

Manteniendo el criterio constitucional, en la actualidad la Sala estima que la suspensión abrupta de un tratamiento iniciado por disposición médica, aceptado y autorizado por el prestador del servicio, y que busca combatir la infertilidad que padece una persona, compromete el derecho fundamental a la salud y desquebraja los principios de integralidad y de continuidad que ilumina la prestación de los servicios médico-asistenciales en nuestro país, bien sea en los regímenes especiales o en el general de seguridad social en salud.

Precisamente, de acuerdo con la sentencia **T-760 de 2008** (*numeral 4.4.6.1.*), el principio de integralidad se basa en que la prestación de los servicios debe ser oportuna, eficiente y de calidad, lo cual significa que ante situaciones en las cuales los servicios de salud requeridos son fraccionados, separados o suspendidos, de tal forma que al interesado la entidad responsable solo le autoriza una parte de lo que debería recibir para el tratamiento y lo obliga a costear por sí mismo la otra parte del servicio médico requerido, se desconoce el derecho de los usuarios a que se les brinde una pronta atención y un completo tratamiento siguiendo lo ordenado por el médico conector de la patología.

Por su parte, el principio de continuidad ha sido definido en esa misma sentencia, como *“el derecho que tiene toda persona a que se le garantice la continuidad del servicio de salud, una vez éste haya sido iniciado”*²⁰. Dicho principio garantiza que un tratamiento -incluido o excluido del plan de salud- no sea interrumpido súbitamente, pues esa situación desconoce la

²⁰ Sentencia T-760 de 2008. Numeral 4.4.6.4.

expectativa de mejoría creada en el paciente, al igual que la buena fe y la confianza legítima que el usuario ha depositado en el prestador del servicio de salud, más aún cuando se trata de procedimientos especialísimos que buscan superar problemas de infertilidad y hacer realidad el deseo de la paternidad o la maternidad biológicamente posible.

Lo anterior halla mayor refuerzo constitucional, si se tiene en cuenta que la Corte desde la sentencia **T-605 de 2007**, indicó que los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos como derechos humanos cuya titularidad recae particularmente en cabeza de las mujeres, razón por la cual una adecuada atención en salud reproductiva se torna como elemento clave en la construcción de equidad social. Así, la atención en salud sexual y reproductiva comprende los tratamientos de infertilidad los cuales, si bien se encuentran excluidos de los planes de salud, deben excepcionalmente prestarse cuando se comprometen derechos fundamentales de los usuarios del servicio de salud o cuando el tratamiento ya ha sido iniciado a la paciente por prescripción médica aceptada por el prestador del servicio.

4.4. Saltándonos el estudio del segundo caso exceptivo y centrando nuestra atención en el tercero de ellos, el cual hace alusión a que la infertilidad sea producto o consecuencia de otra enfermedad que afecte el aparato reproductor y de paso ponga en riesgo los derechos fundamentales de la paciente, la Corte en sentencia **T-890 de 2009**, ya citada, definió la infertilidad como “*una enfermedad que afecta el sistema reproductivo y que interfiere con la capacidad, temporal o permanente, de una pareja heterosexual para alcanzar un embarazo, a pesar de mantener una vida sexual activa por más de un año y sin control anticonceptivo voluntario*”, y señaló que dicha infertilidad puede ser *primaria o secundaria*. Aquella se presenta cuando la persona genéticamente tiene problemas en su aparato reproductor que le impiden cumplir con la función natural de procreación humana, o sencillamente cuando, a pesar de los múltiples intentos sexuales, la pareja no ha logrado nunca un embarazo, mientras que la segunda se refiere a los pacientes que padecen serias enfermedades en su sistema reproductor y que, como consecuencia de ellas, se les dificulta concebir biológicamente.

En esta última situación, cuando se demuestra en el expediente de tutela que existe una enfermedad que limite la reproducción y que pone en riesgo los derechos fundamentales del accionante, resulta viable la intervención del juez constitucional de acuerdo con las circunstancias fácticas que revele el caso en concreto.

5. Subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional para inaplicar el Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo cuando

la prestación del servicio se requiere con necesidad. Aplicación analógica al plan de atención en salud que se brinda a los docentes estatales:

5.1. El artículo 18 de la Resolución 5261 de 1994 del Ministerio de Salud²¹, establece en su literal c), que los tratamientos para la infertilidad se encuentran excluidos del Plan Obligatorio de Salud del Régimen Contributivo en cumplimiento de los principios de universalidad, equidad y eficacia enunciados en la ley 100 de 1993. Dicha exclusión encuentra su justificación porque los tratamientos para la esterilidad resultan ser muy costosos y, por regla general, no pueden ser asumidos por el sistema de seguridad social en salud por cuanto afectarían el equilibrio financiero que lo rige.

En cuanto atañe al régimen exceptuado de salud que se brinda a los docentes estatales en los Departamentos del Valle, Cauca y Nariño, el anexo No. 5 del contrato de prestación de servicios médico-asistenciales suscrito entre el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cosmitet Ltda, establece que los tratamientos y exámenes que tengan por fin único y esencial el embarazo y la procreación (tratamientos de infertilidad), se encuentran claramente excluidos del plan de beneficios y coberturas en salud para el magisterio²².

Sin embargo, la Sala considera que en los tres casos excepcionales que hemos mencionado en el acápite anterior, la acción de tutela resulta procedente siempre que la persona *requiera con necesidad* un procedimiento, examen o medicamento y no tenga capacidad económica alguna para soportarlo, caso en el cual deberá la EPS o IPS atender de manera integral al paciente independientemente de si se encuentra el tratamiento médico incluido o no en el plan de salud general o exceptuado, lo cual incluye el régimen de los docentes estatales.

5.2. La sentencia **T-760 de 2008**, dispuso que para acceder a los servicios de salud que se *requieran* y que se encuentren excluidos del plan de salud, es

²¹ **“ARTICULO 18. DE LAS EXCLUSIONES Y LIMITACIONES DEL PLAN OBLIGATORIO DE SALUD:** En concordancia con lo expuesto en artículos anteriores y para poder dar cumplimiento a los principios de universalidad, equidad y eficiencia enunciados en la ley 100 de 1993, el plan obligatorio de salud tendrá exclusiones y limitaciones que en general serán todas aquellas actividades, procedimientos, intervenciones y guías de atención integral que no tengan por objeto contribuir al diagnóstico, tratamiento y rehabilitación de la enfermedad; aquellos que sean considerados como cosméticos, estéticos o suntuarios, y aquellos que expresamente se definan por el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, incluyendo los que se describen a continuación:

(...)

C. Tratamientos para la infertilidad”.

²² A folios 113 a 115 del cuaderno principal se observa copia del anexo No. 5 denominado “*plan de atención en salud para el magisterio*”, en cuyo numeral 5.4. figura como exclusión la siguiente: “*Se consideran exclusiones aquellos procedimientos no contemplados dentro del plan de este régimen de excepción y que se describen a continuación:*

1. Tratamientos de infertilidad: Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación. (...).”

necesario que el juez constitucional atienda las siguientes *subreglas* de interpretación elaboradas por la Corte, a saber:

- (i) Que la falta del medicamento o el procedimiento excluido, amenace los derechos fundamentales de la vida o la integridad personal del interesado;
- (ii) Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, no obtenga el mismo nivel de efectividad que el excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger la vida en relación del paciente;
- (iii) Que el servicio médico haya sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación de servicios a quien está solicitándolo; y.
- (iv) Que el paciente realmente no pueda sufragar directamente el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro modo o sistema, esto último es lo que alude a la noción de *necesidad*, por no tener el paciente los recursos económicos para sufragar el valor que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio está autorizada legalmente a cobrar.

Las anteriores subreglas resultan plenamente aplicables, por vía analógica, a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.

6. El caso concreto:

6.1. La accionante solicita protección constitucional para sus derechos a la salud, a la vida digna, a la familia y a sus derechos sexuales y reproductivos, los cuales considera vulnerados por la negativa de Cosmitet Ltda, institución que presta los servicios médicos-asistenciales a los docentes estatales de los Departamentos de Valle, Cauca y Nariño, a autorizar el tratamiento de fertilización *in vitro* con óvulo donado que le fue ordenado por segunda vez por su ginecólogo particular.

Para dar solución constitucional al presente asunto, la Sala observa de las pruebas que obran en el expediente, varios elementos que fueron ignorados o

mal interpretados por los jueces constitucionales y que permiten concluir lo siguiente:

(i) El diagnóstico preliminar emitido por los médicos tratantes de la accionante y adscritos a Cosmitet Ltda, es que presenta *ovarios poliquísticos de variedad microquística, dismenorrea, dolor pélvico perineal, fibromiomatosis uterina de medianos elementos, endometriosis, hemorragia uterina disfuncional y obstrucción de las trompas de Falopio*.

(ii) Ante la falta de tratamiento de tales enfermedades por parte de la entidad accionada, la peticionaria acudió a un médico particular especialista en medicina reproductiva del Centro de Biomedicina Reproductiva “Fecundar”, quien luego de hacer las valoraciones del caso, conceptuó que los padecimientos que aquejan el sistema reproductor de la actora son compatibles con una *función ovárica ovulatoria alterada* como causa directa e importante para no lograr el embarazo; por consiguiente, el 19 de mayo de 2009, le recomendó a la paciente someterse a ciclos de fertilización *in vitro* con óvulo donado para hacer posible en su vientre el milagro de la vida.

Lo anterior significa que la enfermedades que aquejan a la accionante no pueden relacionarse genéticamente con la infertilidad, **sino que ésta puede ser la consecuencia directa de aquellas** -tal vez no la única-, al punto que esas afecciones inciden negativamente en el bienestar de la peticionaria, en su relación de pareja y en el disfrute pleno de sus derechos sexuales y reproductivos, más aún cuando los múltiples padecimientos le causan un fuerte dolor abdominal bajo y un sangrado uterino abundante que comprometen seriamente sus derechos fundamentales a la salud y a la vida digna.

(iii) Debido al elevado costo del tratamiento, el cual fue cotizado por el Centro Fecundar en \$15.400.000, la accionante solicitó autorización a la IPS accionada para que le fuera cubierta la fertilización *in vitro* con óvulo donado pero, inicialmente, dicha autorización le fue negada el 16 de junio de 2009, por tratarse de un servicio excluido del plan de atención en salud del magisterio. No obstante, sorpresivamente y sin explicación alguna que revele el expediente, el servicio de fertilización asistida fue autorizado por Cosmitet Ltda el 21 de julio de 2009, para que fuera cumplido en el Centro Fecundar y, específicamente, con el doctor Marco Julio Velásquez.

Así las cosas, la accionante **inició el tratamiento de fecundación *in vitro* con óvulo donado**, el cual “*resultó afortunadamente un éxito*” de acuerdo con lo señalado por el doctor Marco Julio Velásquez el 15 de septiembre de 2009. Nótese entonces que, a pesar de tratarse de un procedimiento claramente excluido del plan de atención en salud del magisterio (anexo No. 5, numeral

5.4), fue iniciado y asumido por Cosmitet Ltda, pero realizado por un tercero que facilitó sus servicios.

(iv) Dado el prometedo implantado del embrión en el útero de la accionante, el médico particular comunicó a Cosmitet Ltda, que la accionante debía recibir hasta la semana 10 de gestación, los medicamentos denominados *progesterona micronizada natural (Gestlutin 200 mg) 3 tabletas vaginales al día y 3 tabletas orales de progynova*. Al reclamar la peticionaria el suministro de los anteriores medicamentos, la entidad acusada negó radicalmente su autorización arguyendo que hacen parte de las exclusiones explícitas del contrato con la Fiduprevisora, por relacionarse con tratamientos de infertilidad, situación que resulta para la Sala un tanto contradictoria, por cuanto la fertilización *in vitro* como tal ya había sido autorizada, lo cual suponía la inclusión de los exámenes, insumos y medicamentos especiales que se requerían para llevar a feliz término el implante del embrión. En otras palabras, asumido el mayor costo e iniciada la fertilización, cómo perder la inversión médico-científica alegando la exclusión de unos medicamentos indispensables para el tratamiento.

Para la Corte, no cabe duda que esa falta de autorización de los medicamentos desconoció el principio de integralidad que rige la prestación de los servicios de salud, pues la entidad responsable -entiéndase Cosmitet Ltda- si bien autorizó una parte del tratamiento denominado fertilización *in vitro* con óvulo donado, fraccionó, separó y suspendió abruptamente el procedimiento obligando a la actora a asumir de su escaso peculio²³ las medicinas que requería con necesidad, según lo informó el galeno tratante del Centro Fecundar. De esta forma, el tratamiento contra la infertilidad que fue iniciado, autorizado y asumido con el beneplácito de Cosmitet Ltda., al ser interrumpido súbitamente, violó el principio de continuidad en la prestación del servicio y trajo como consecuencia directa que el 10 de octubre de 2009, se identificara la muerte del embrión implantado y que la actora tuviera que someterse a un legrado, ello sin contar las nefastas implicaciones psicológicas y familiares que acarreó el suceso.

(v) Finalmente, la accionante después de la pérdida continuó en el programa de fertilización asistida, para lo cual solicitó una nueva orden en el mes de noviembre de 2009 con miras a persistir en el tratamiento *in vitro*. A finales de ese mes recibió respuesta de parte de Cosmitet Ltda IPS, en la cual se le informaba la negativa de expedir la orden para continuar con dicho tratamiento, por cuanto se encuentra excluido del plan de atención en salud que rige para el magisterio.

²³ La Sala recuerda que según certificación que reposa en el expediente, la accionante devenga \$1.050.665,00 como docente de tiempo completo en una Institución Educativa del municipio de Zarzal - Valle.

En este orden de ideas, la especial situación fáctica que releva el presente caso, torna procedente la tutela para que se autorice continuar con el procedimiento de fertilización *in vitro* que, como se dijo anteriormente, ya había sido iniciado con la aquiescencia de Cosmitet Ltda y fue posteriormente suspendido sin mediar un concepto médico o científico que justificara ese proceder (*primer caso exceptivo*), sumado a que está demostrado en el expediente que la infertilidad que padece la accionante es producto o consecuencia de otras varias enfermedades que afecta su sistema reproductor y que, de paso, ponen en riesgo los derechos fundamentales de la paciente (*tercer caso exceptivo*).

A la anterior conclusión se llega, una vez analizado que el primer tratamiento de fertilización *in vitro* a que se sometió la accionante, si bien le generó una expectativa y una confianza legítima, también desconoció los principios de integralidad y continuidad que orientan la prestación de los servicios de salud en nuestro país. Para la Sala, no resulta viable el argumento de que la accionante al solicitar el segundo tratamiento ya no se encontraba en el programa de fertilización asistida, habida cuenta que el material probatorio revela una realidad totalmente diferente según la cual, la peticionaria continuó bajo la cobertura del tratamiento y por ello solicitó de nuevo el procedimiento.

Visto el caso con detenimiento, en principio se podría pensar que el tratamiento de fertilización *in vitro* por encontrarse relacionado directamente con la infertilidad que padece la actora, no compromete sus derechos fundamentales, más aún cuando el deseo de conformar una familia, como bien lo expresó la Corte en la sentencia **T-890 de 2009**, puede ser suplido a través del proceso de adopción que establece los artículos 61 a 78 y 119 a 128 de la Ley 1098 de 2006, conocida como el Código de la Infancia y la Adolescencia. No obstante, en el presente caso, se reitera, la tutela está llamada a prosperar excepcionalmente en procura de permitir la continuidad, por una sola vez más, del tratamiento de fertilización que ya había sido iniciado a la petente.

6.2. Ahora bien, como la *fertilización in vitro* es un procedimiento excluido del plan de atención en salud del magisterio, es necesario verificar si en el presente caso se cumplen con las subreglas que ha establecido la jurisprudencia constitucional frente al concepto de requerir con necesidad, aplicado analógicamente al caso del régimen exceptuado de los docentes estatales, a saber: (i) Está probado en el expediente que a la actora le había sido autorizada e iniciada la fertilización asistida por cuanto las enfermedades que padece en su sistema reproductor le generar infertilidad, afectan su calidad de vida física y comprometen su ánimo emocional e incluso de pareja; (ii) Por tratarse de un tratamiento de grandes avances tecnológicos, el mismo no encuentra sustituto dentro de los procedimientos que contempla el Plan de Atención en Salud del Magisterio; (iii) El servicio médico fue ordenado por un

galeno particular, pero el concepto no fue controvertido por la IPS accionada mediante un dictamen científico que demuestre la impertinencia de la fertilización *in vitro*, por lo cual, siguiendo el derrotero expuesto por esta Corporación en la sentencia T-760 de 2008, es procedente que la entidad acusada continúe con el tratamiento iniciado; y, (iv) Según lo afirmado por la accionante en su escrito tutelar, carece de los suficientes recursos económicos para sufragar directamente el procedimiento que le fue ordenado.

6.3. De acuerdo con el análisis realizado, esta Sala de Revisión considera que se presentan los elementos necesarios para ordenar que se continúe con el tratamiento iniciado y requerido por la accionante. En este sentido, revocará las decisiones de los jueces de instancia; en su lugar, concederá el amparo a los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, y ordenará a la IPS que autorice y continúe el tratamiento denominado fertilización *in vitro* con óvulo donado, incluyendo los exámenes diagnósticos y los medicamentos necesarios que el médico particular determine para llevar a feliz término la implantación del embrión en el útero de la actora. Sin embargo, la Sala considera pertinente aclarar que el tratamiento se autorizará **por una sola vez más**, dado que la accionante tiene 42 años de edad y la fertilización no puede concederse de forma indefinida hasta tanto se obtenga como resultado un embarazo 100% viable. La anterior aclaración se hace por cuanto la pérdida acaecida en el primer tratamiento, como se explicó, fue imputable a la entidad accionada.

De todas las gestiones que realice la IPS dará cuenta de manera inmediata al juez de primera instancia, quien verificará el cumplimiento efectivo de las órdenes de protección.

Finalmente, no se autorizará a la entidad accionada que repita contra el Fosyga porque, en primer lugar, se trata de una cuenta que busca garantizar la estabilidad económica del sistema general de seguridad social en salud, más no de los regímenes exceptuados y, en segundo lugar porque, específicamente en este caso, Cosmitet Ltda al autorizar directamente el tratamiento de fertilización *in vitro*, incluso sin consultar a la Fiduprevisora S.A. o al Comité Regional del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, asumió autónomamente el gasto del servicio de salud excluido.

V. DECISIÓN:

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la decisión adoptada el 11 de febrero de 2010, por el Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali y confirmada el 8 de mayo de la presente anualidad por el Juzgado Once Civil del Circuito de la misma ciudad, dentro del trámite de la acción de tutela instaurada por Martha Yannet Manrique Sierra contra Cosmitet Ltda IPS. En su lugar, **CONCEDER** el amparo a sus derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas.

SEGUNDO.- INAPLICAR, por inconstitucional para el caso en concreto, las disposiciones contractuales que fundamentaron la negativa de Cosmitet Ltda IPS, a autorizar la continuidad del servicio especializado que motivo la interposición de esta acción de tutela.

TERCERO.- ORDENAR al representante legal de Cosmitet Ltda IPS, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, proceda a autorizar la continuidad del tratamiento denominado fertilización *in vitro* con óvulo donado que fue iniciado a la accionante, incluyendo los exámenes diagnósticos y medicamentos que considere necesarios el médico para lograr la correcta implantación del embrión en el útero de la actora. Dicha autorización procederá por una sola vez y no de forma sucesiva e indefinida.

CUARTO.- NEGAR a Cosmitet Ltda IPS, la autorización para que repita contra el Fondo Nacional de Garantía y Solidaridad -FOSYGA- por los gastos en que incurra en la práctica del tratamiento indicado en el numeral anterior, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO.- ORDENAR, al Juzgado Veintinueve Civil Municipal de Cali, que verifique y vele por el acatamiento cabal de la presente providencia, para lo cual hará los requerimientos del caso si la IPS Cosmitet Ltda no da cumplimiento en el plazo señalado.

SEXTO.- LÍBRENSE por Secretaría las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Notifíquese, comuníquese, publíquese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA
Magistrado Ponente

MARIA VICTORIA CALLE CORREA
Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General