

**Sentencia T-924/13
(Bogotá, D.C., Diciembre 6)**

PRINCIPIO DE SUBSDIDIARIEDAD EN MATERIA DE SALUD-
Mecanismo jurisdiccional que se ejerce ante la Superintendencia de Salud no ha sido reglamentado y por tanto, no es idóneo y eficaz para la defensa de los derechos de los usuarios

**JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL SOBRE LOS
TRATAMIENTOS DE FERTILIDAD**

**LINEA JURISPRUDENCIAL SOBRE EL ALCANCE DE LA
ACCION DE TUTELA EN RELACION CON TRATAMIENTOS
DE INFERTILIDAD**

Este tribunal constitucional, al analizar varias acciones de tutela sobre el derecho a la salud, específicamente sobre tratamientos de fertilidad, ha expresado que la acción de tutela no es procedente, debido a que este tipo de tratamientos están expresamente excluidos del POS, por otra parte; (i) el costo excesivo de estos tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; (ii) el derecho a la maternidad supone una abstención del Estado para incidir en la decisión relativa a la procreación, es decir, de ninguna manera se le podría pedir a una pareja que se realice algún tipo de procedimiento médico encaminado a producir la esterilización, por el contrario, en el caso de la mujer gestante, el Estado tiene la obligación de brindarle una protección especial para lo cual, entre otras razones jurídicas, el derecho a la estabilidad laboral reforzada; (iii) en virtud de la libertad de configuración legislativa, es posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, que esto es un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad. No obstante lo dicho, la Corte ha señalado que lo anterior no es un criterio absoluto, pues al realizar el estudio de diferentes casos ha determinado conceder el amparo cuando se presenta alguna de las siguientes circunstancias: (a) cuando el tratamiento de fertilidad ya ha sido iniciado por parte de la EPS y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, que no hay una razón científica que sustente dicho proceder; (b) cuando lo solicitado por el accionante es la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar cuál es la causa de la infertilidad; y por último, (c) cuando la infertilidad es la consecuencia de otra enfermedad.

**CUOTAS MODERADORAS Y COPAGOS-Naturaleza
jurídica/EXONERACION DE CUOTAS MODERADORAS Y
COPAGOS-Reglas jurisprudenciales**

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

ACCESO A TRATAMIENTO DE FERTILIDAD EXCLUIDO DEL POS- Todo paciente tiene derecho a que se determinen las causas de la infertilidad y a un diagnóstico certero con el fin de establecer los tratamientos y procedimientos pertinentes

Referencia: Expedientes T-3.974.919

Fallos de tutela objeto revisión: Sentencia del Juzgado Primero Municipal con Función de Control de Garantías para adolescentes de Cali, del 25 de abril de 2013.

Accionante: Carlos Humberto Ocampo Ramos actuando como apoderado de la señora Claudia Lorena Betancourt López.

Accionado: Sura EPS.

Magistrados de la Sala Segunda de Revisión: Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez y Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

Magistrado Ponente: MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

I. ANTECEDENTES

1. Demandas de tutela.

1.1. Elementos y pretensiones¹.

1.1.1. *Derechos fundamentales invocados:* salud, vida, familia, sexuales y reproductivos e igualdad.

1.1.2. *Conducta que causa la vulneración:* La no autorización por parte del comité técnico científico de la EPS Sura de la realización del procedimiento de fecundación in vitro, a la accionante.

1.1.3. *Pretensión:* La accionante solicitó que se le protejan los derechos fundamentales invocados y, en consecuencia, que se le ordene a la EPS accionada, realizar todos los procedimientos de reproducción asistida, ayudas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, donación de gametos, preservación y transferencia de embriones que se requieran y hayan sido ordenados por el médico tratante no adscrito a la EPS y adicionalmente, que sea exonerada del pago de cuotas moderadores y de copagos.

¹ Acción de tutela presentada el 28 de febrero de 2013, por el señor Carlos Humberto Ocampo Ramos actuando como apoderado de la señora Claudia Lorena Betancourt López, contra Sura EPS. (Folios 3 al 13 del cuaderno No. 1).

1.2 Fundamentos de la pretensión:

1.2.1. Hechos.

1.2.1.1. La señora Claudia Lorena Betancourt López, aseguró que se encuentra afiliada a Sura EPS en calidad de cotizante en el régimen contributivo².

1.2.1.2. Manifestó que desde hace más de 10 años se casó con el señor James Edwin Ruiz Villera, con quien desea tener una familia. Sin embargo, esto no ha sido posible debido a que no ha podido quedar en embarazo, dicha situación, ha afectado a la tutelante de manera emocional, personal y familiar.

1.2.1.3. Informó que le diagnosticaron una endometriosis, lo que le afecta sus órganos reproductivos y debido a esto, no ha podido quedar en estado de gestación.

1.2.1.4. Debido a lo anterior, y a que Sura EPS no le ha dado una orientación clara al respecto, decidió asistir al Centro Médico de Biomedicina Reproductiva del Valle Fecundar S.A. de Cali, en donde fue atendida por un especialista en medicina reproductiva y le dio como diagnóstico “*por compromiso tuboperitoneal se indica técnica de reproducción asistida de alta complejidad IVF-ICSI*”³.

1.2.1.5. Aseguró que del dictamen médico se tienen claras dos cosas, la primera, es que con el avance científico de la medicina, la accionante podría quedar en embarazo, la segunda, sería confirmar que padece una discapacidad reproductiva que es “*secundaria a procesos patológicos que les han generado la imposibilidad de tener un hijo*”, al ser este, uno de los supuestos en los que la Corte ha procedido a ordenar el tratamiento de infertilidad⁴.

1.2.1.6. El procedimiento indicado por el Centro Médico de Biomedicina Reproductiva del Valle Fecundar S.A., para poder quedar en estado de gestación es el de Fertilización In Vitro, el cual tiene un costo aproximado de diecisiete millones novecientos mil pesos (\$17.900.000), cifra que es inalcanzable para la tutelante, debido a que devenga un salario mensual de dos millones quinientos noventa y seis mil seiscientos noventa y ocho pesos (\$2.596.698), y ha adquirido obligaciones como: un crédito hipotecario del cual debe pagar un canon mensual de \$348.610, de arriendo paga \$504.000 y por servicios públicos \$150.000.

1.2.1.7. Al no poder pagar el tratamiento indicado, le solicitó al comité técnico científico de la EPS, mediante derecho de petición que le fuera autorizado el procedimiento indicado por el médico no adscrito a Sura EPS. Por su parte, la entidad accionada en su respuesta le indicó el lugar y los documentos que

² Afirmación realizada en los hechos de la demanda. (Folio 3 del cuaderno No. 1).

³ Afirmación realizada en los hechos de la demanda. (Folio 4 y 5 del cuaderno No. 1).

⁴ Afirmación realizada en los hechos de la demanda. (Folio 5 del cuaderno No. 1).

debían acompañar la solicitud para que fuera estudiada por el C.T.C. Al estar inconforme con la EPS, debido a que, los documentos indicados ya habían sido anexados, decidió acudir directamente a la acción de tutela.

1.2.1.8. La señora Claudia Lorena solicitó que se le protejan los derechos fundamentales invocados, y en consecuencia que se le ordene a Sura EPS, realizar todos los procedimientos de reproducción asistida, ayudas diagnósticas, intervenciones quirúrgicas, donación de gametos, preservación y transferencia de embriones que se requiera y haya sido ordenados por el médico tratante no adscrito a la EPS, adicionalmente, que sea exonerada del pago de cuotas moderadores y de copagos.

1.3. Respuesta de las entidades accionadas⁵.

1.3.1. SURA EPS⁶.

La representante legal judicial de EPS SURA, la señora Lina María Benitez Freyre, afirmó que a la accionante no se le han vulnerado los derechos invocados y debido a esto solicitó que la tutela sea declarada improcedente.

1.3.1.1. Informó, que la señora Claudia Lorena Betancourt López se encuentra afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud, en calidad de cotizante activo, desde el 1 de diciembre de 2010 hasta la fecha, a través del empleador Beierdorf S.A., con un ingreso base de cotización de \$3.841.000.

1.3.1.2. Aseguró, que el procedimiento solicitado de Laparoscopia para tratamiento de fertilidad no está incluido dentro del POS, y por el simple hecho de haberse negado no es posible asegurar que están comprometidos los derechos fundamentales a la salud o a la vida. A su vez, afirmó que según la sentencia T-760 de 2008, el derecho a la salud admite limitaciones cuando la prestación requerida no pone en riesgo la vida digna y la integridad del paciente.

1.3.1.3. La EPS manifestó, que le ha suministrado todas las atenciones médicas, insumos y medicamentos que la accionante ha requerido. En cuanto al deseo de ser madre, le sugiere que opte por adoptar un niño, lo cual le permitiría realizarse como madre y no pondría en riesgo la salud de la accionante o del menor, debido a que, con la fertilización hoy una mayor probabilidad de malformaciones congénitas graves, discapacidad mental y síndrome de Down.

1.3.1.4. A su vez, expresó que para suministrar un procedimiento no POS es indispensable que se cumpla con los requisitos jurisprudenciales establecidos, entre los cuales está: (i) que el medicamento o procedimiento excluido del

⁵ El Juzgado Primero Penal para Adolescentes con función de Control de Garantías, mediante oficio del 1 de marzo de 2013 admitió la acción de tutela y vinculó a la entidad. (Folio 36 del cuaderno No. 1).

⁶ La señora Lina María Benitez Freyre en calidad de representante legal judicial de EPS y medicina prepagada Suramericana S.A. EPS Sura. (Folio 41 a 49 del cuaderno No. 1).

POS amenace la vida o la integridad personal del interesado; (ii) que se trate de un procedimiento o medicamento que no pueda ser sustituido por uno que este incluido en el POS, o que pudiendo sustituirse, no tenga el mismo efecto; (iii) que el paciente no cuente con los recursos económicos para sufragar el medicamento; (iv) y que el tratamiento o medicamento haya sido prescrito por un médico adscrito a la EPS.

1.3.1.5. Finalmente, explicó que el pago de cuotas moderadoras y copagos buscan mantener el equilibrio financiero del sistema de salud y adicionalmente, es un deber de los usuarios cancelar estos valores según el artículo 160 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 6 del acuerdo 260 de 2004.

1.3.2. Ministerio de Salud y Protección Social⁷.

Según el Decreto 806 de 1998, el POS tendrá actividades, medicamentos, intervenciones y procedimientos excluidos del mismo, cuando estos no tengan por objeto contribuir al tratamiento, diagnóstico, rehabilitación de la enfermedad o sean estéticos, cosméticos y suntuarios que se deriven de complicaciones por la realización de estos tratamientos. El Acuerdo 29 de 2011, en el artículo 49, numeral 3, expresamente excluyó del POS el diagnóstico y tratamientos para la infertilidad.

Aseguró, que la tendencia de la Corte Constitucional en este tipo de tratamientos es a mantenerlos excluidos del POS, sin embargo, en la sentencia T-429 de 2009 se dijo que podrá ser protegido el derecho a la salud cuando (i) se lesione de manera seria y directa la dignidad humana; (ii) se trate de un sujeto de especial protección constitucional, y/o (iii) al carecer de recursos económicos para sufragar el procedimiento o medicamento excluido del POS, se ponga en estado de indefensión al solicitante.

Las EPS sólo tienen la obligación de garantizarle a los usuarios los servicios, medicamentos y tratamientos incluidos dentro del POS, sin embargo, si el médico tratante prescribe algo que no esté incluido en el mismo, deberá someterlo al Comité Técnico Científico de la EPS. Estas deben proteger los derechos a la salud y a la vida de los pacientes, de tal modo que les deben proporcionar todo lo que necesiten y se requiera para garantizar estos derechos, a su vez, cuentan con facultades legales y administrativas para recobrarle al FOSYGA lo que no esté incluido dentro del POS, sin la necesidad de la orden de un juez de tutela.

El Decreto 1485 de 1994, dispuso respecto a la elección de la IPS que los usuarios podrán escoger entre las instituciones con las cuales la EPS tiene convenio, la que prefiera, esto no implica que el paciente pueda obligar a la EPS a contratar con una IPS con la cual no tiene contrato⁸.

⁷ El señor Luis Gabriel Fernández Franco, en calidad de director jurídico del Ministerio de Salud y Protección Social dio respuesta a la acción de tutela. (Folio 113 a 122 del cuaderno No. 1).

⁸ Respuesta de MinSalud. (Folio 120 del cuaderno No. 1).

En cuanto a los copagos y cuotas moderadoras aseguró que estos fueron creados con la finalidad de racionalizar la utilización de los diferentes servicios de salud y de contribuir a la financiación del sistema. Es así que, los copagos únicamente deben ser cancelados por los afiliados beneficiarios, cuando les hayan ordenado un procedimiento quirúrgico o tratamiento de alto costo, y las cuotas moderadoras deben ser pagados por el cotizante o beneficiarios cuando acudan a una cita médica.

Debido a lo anterior, solicitó que en caso que la tutela prospere le ordenen a la EPS suministrar los servicios POS y NO POS que requiere la tutelante y pidió abstenerse de reconocer el recobro de los copagos y de las cuotas moderadoras ante el FOSYGA con el fin que la EPS haga uso de los mecanismo legales y administrativos establecidos para dicho fin.

1.4. Decisiones de tutela objeto de revisión:

El Juzgado Primero Municipal con Función de Control de Garantías para adolescentes de Cali, mediante sentencia del 14 de marzo de 2013, concedió la realización de la fecundación In Vitro y negó la exoneración de copagos y cuotas moderadoras⁹. La EPS Sura impugnó la decisión mediante escrito del 22 de marzo de 2013¹⁰.

El Juzgado Tercero Penal para adolescentes con Funciones de Conocimiento de Cali, previo a resolver el recurso de alzada, a través de auto del 16 de abril de 2013, decretó la nulidad de todo lo actuado en primera instancia, en tanto no estaba debidamente integrado el contradictorio al no haberse vinculado al Ministerio de la Protección Social – Fosyga. En consecuencia, ordenó devolver el expediente al juez de primera instancia para que procediera a adelantar nuevamente el procedimiento constitucional¹¹.

1.4.1. Sentencia del Juzgado Primero Municipal con Función de Control de Garantías para adolescentes de Cali, del 25 de abril de 2013.

El juez concedió el amparo solicitado, exponiendo los siguientes argumentos: en primer lugar, aseguró que según la jurisprudencia de la Corte Constitucional los tratamientos de fertilidad se encuentra excluidos del POS, sin embargo, la Corte ha ordenado la realización de este tipo de tratamientos cuando se inició el procedimiento y de manera intempestiva es suspendido sin que exista una razón científica que sustente este proceder, cuando la imposibilidad para quedar en estado de gestación se deriva de otros problemas de salud o es una consecuencia de otra enfermedad, o cuando se requieren exámenes diagnósticos que permitan determinar cuál es la causa que imposibilita quedar en estado de embarazo¹².

⁹ Sentencia del 14 de marzo de 2013. (Folio 68 a 73 del cuaderno No. 1)

¹⁰ Impugnación (Folio 79 a 88 del cuaderno No. 1)

¹¹ Auto. (Folios 102 a 103 del cuaderno No.1.)

¹² El juez de instancia realizó esta afirmación basándose en la sentencia T-550 de 2010.

De acuerdo con lo anterior y analizando la situación concreta de la accionante, el juez determinó que no se ha iniciado y tampoco suspendido el tratamiento de fertilidad, situación que no permite que sea tutelado el derecho. Por otra parte, se evidencia que la infertilidad secundaria que padece la señora Claudia Lorena es producto de la enfermedad Endometriosis grado 4, por lo que le han realizado cuatro laparoscopias y otros tratamientos. Esta situación se enmarca dentro del supuesto indicado por la jurisprudencia constitucional, lo que amerita la intervención del juez de tutela y la protección a los derechos fundamentales invocados.

En cuanto a la exoneración del pago de cuota moderadora y de copagos, la jurisprudencia ha inaplicado las disposiciones legales que establecen la obligatoriedad de realizar estos pagos, cuando el usuario demuestra una incapacidad económica para asumirlos. Sin embargo, del material probatorio se evidencia que la tutelante tiene un salario mensual de \$2.596.698 y una prestación extrasalarial por un valor de \$870.498, y sus obligaciones mensuales que ascienden al valor de \$1.002.610, que son el pago del crédito hipotecario de \$348.610, el canon de arrendamiento de \$504.000 y el costo de los servicios públicos que es de \$150.000. De lo anterior, no se evidencia una imposibilidad objetiva que le impida a la demandante sufragar el costo de los copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, es así que, que el juez no accedió a dicha prestación.

1.4.2. Impugnación.

1.4.2.1. Ministerio de Salud y Protección Social¹³.

Reiteró los argumentos expuestos en la contestación de la demanda de tutela. Sin embargo, el recurso fue presentado de manera extemporánea, según consta en el auto de sustanciación No. 318, razón por la cual fue rechazado¹⁴.

II. CONSIDERACIONES.

1. Competencia.

La Corte Constitucional es competente para revisar la decisión judicial mencionada, con base en la Constitución Política -artículos 86 y 241.9- y lo desarrollado en el Decreto 2591 de 1991 -artículos 31 a 36-¹⁵.

2. Procedencia de la demanda de tutela.

¹³ Impugnación presentada por el Ministerio de Salud y Protección Social. (Folio 155 a 156 del cuaderno No. 1)

¹⁴ Auto de sustentación No. 318. (Folio 163 del cuaderno No. 1)

¹⁵ En Auto del treinta (30) de julio de 2013, la Sala de Selección de tutela No. 7 de la Corte Constitucional, dispuso la revisión del Expediente T-3.974.919.

2.1. Derechos fundamentales vulnerados: salud, vida, familia, sexuales y reproductivos e igualdad.

2.2. Legitimación activa: La acción de tutela fue interpuesta por el apoderado¹⁶ de la señora Claudia Lorena Betancourt López. Lo anterior encuentra su fundamento constitucional en el artículo 86¹⁷ de la Carta, el cual establece que toda persona que considere que sus derechos fundamentales han sido vulnerados o se encuentran amenazados, podrá interponer acción de tutela en nombre propio o a través de un representante que actúe en su nombre, a su vez, el Decreto 2591, en el artículo 10, reitera lo anterior y establece que los poderes se presumirán auténticos.

2.3. Legitimación pasiva: Sura EPS es una entidad particular prestadora del servicio público de salud a la que está afiliada la accionante en el régimen contributivo¹⁸.

2.4. Inmediatez: la interposición de la acción de tutela fue el 28 de febrero de 2013¹⁹, la accionante presentó ante la entidad accionada la solicitud de aprobación de la fertilización in Vitro el 15 de enero de 2013; y la respuesta por parte de EPS Sura fue dada el día 28 de enero de 2013²⁰. Es decir, que la tutela fue impetrada dentro de un tiempo razonable.

2.5. Subsidiariedad. El artículo 86 de la Carta Política establece que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales cuando estos se encuentren amenazados o violados por la omisión o acción de las autoridades públicas o de los particulares. Sin embargo, ésta sólo resulta procedente cuando no existen o se han agotado todos los mecanismos judiciales y administrativos que resultan efectivos para la protección de los derechos fundamentales, a no ser que se demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, caso en el cual procederá como mecanismo transitorio²¹. Esto tiene como finalidad impedir que este mecanismo, que es excepcional, se convierta en principal.

Por su parte, el legislador en el artículo 41²² de la Ley 1122 de 2007, le confirió a la Superintendencia Nacional de Salud, potestades jurisdiccionales

¹⁶ Carlos Humberto Ocampo Ramos, poder que reposa en el folio 2 del cuaderno No. 1.

¹⁷ Constitución Política, Artículo 86 “toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”

¹⁸ Constitución Política de Colombia, Artículo 86, decreto 2591 de 1991 artículo 42.

¹⁹ Acción de tutela de fecha 28 de febrero de 2012. (Folio 3 al 3 del cuaderno 1)

²⁰ Notificación de la Reclamación interpuesta por el señor Roberto Franco Erazo. (Folio 45 del cuaderno 1).

²¹ Artículo 86, inciso 3° Constitución Política y en el Decreto 2591 artículo 6°-1° el cual establece la subsidiariedad como causal de improcedencia de la tutela.

²² Artículo 41. (...) “a) Cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del plan obligatorio de salud cuando su negativa por parte de las entidades promotoras de salud o entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario; b) Reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la

para resolver, con las facultades propias de un juez, algunas controversias entre las entidades promotoras de salud y sus usuarios.

Pese a lo anterior, esta Sala de revisión en la sentencia T-042 de 2013, evidenció que el mecanismo jurisdiccional que se ejerce ante la Superintendencia de Salud no ha sido reglamentado y por lo tanto, no es idóneo y eficaz para la defensa de los derechos fundamentales de los usuarios del sistema de salud. Así las cosas, la Sala considera que la señora Claudia Lorena Betancourt López no cuenta con un mecanismo jurisdiccional diferente al de la acción de tutela para solicitar la protección de sus derechos, razón por la cual resulta procedente la tutela.

3. Problema jurídico constitucional.

Le Corresponde a la Sala determinar si ¿Sura EPS le vulneró el derecho fundamental a la salud de la señora Claudia Lorena Betancourt López, al no autorizarle la realización del tratamiento de fertilización in Vitro y no exonerarla del pago de copagos y de cuotas moderadoras?

Para responder el problema planteado, se analizará (i) la jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de tratamientos de infertilidad; (ii) la naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras, y los casos en los que procede su exoneración; (iii) para luego resolver el caso concreto.

4. La jurisprudencia de la Corte Constitucional respecto de tratamientos de infertilidad.

Este tribunal constitucional²³, al analizar varias acciones de tutela sobre el derecho a la salud, específicamente sobre tratamientos de fertilidad, ha expresado que la acción de tutela no es procedente, debido a que este tipo de tratamientos están expresamente excluidos del POS, por otra parte; (i) el costo excesivo de estos tratamientos supone una disminución en el cubrimiento de servicios de salud prioritarios; (ii) el derecho a la maternidad supone una abstención del Estado para incidir en la decisión relativa a la procreación, es decir, de ninguna manera se le podría pedir a una pareja que se realice algún tipo de procedimiento médico encaminado a producir la esterilización, por el contrario, en el caso de la mujer gestante, el Estado tiene la obligación de brindarle una protección especial para lo cual, entre otras razones jurídicas, el derecho a la estabilidad laboral reforzada²⁴; (iii) en virtud de la libertad de

Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios; c) Conflictos que se susciten en materia de multifiliación dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud; d) Conflictos relacionados con la libre elección que se susciten entre los usuarios y las aseguradoras y entre estos y las prestadoras de servicios de salud y conflictos relacionados con la movilidad dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud.; e) Sobre las prestaciones excluidas del Plan de Beneficios que no sean pertinentes para atender las condiciones particulares del individuo; f) Conflictos derivados de las devoluciones o glosas a las facturas entre entidades del Sistema General de Seguridad Social en Salud; g) Conocer y decidir sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de las EPS o del empleador”.

²³ Sentencia T- 226 de 2010, T-870 de 2008, T-946 de 2007, T-525 de 2011, entre otras.

²⁴ La sentencia T-226 de 2010 cita la sentencia T-1104 de 2000 que afirmó que: “*Tanto el ordenamiento positivo como la jurisprudencia han entendido el derecho a la maternidad como aquel referente a las*

configuración legislativa, es posible la exclusión del POS de los tratamientos de fertilidad, es decir, que esto es un ejercicio legítimo del desarrollo de dicha facultad²⁵.

No obstante lo dicho, la Corte ha señalado que lo anterior no es un criterio absoluto, pues al realizar el estudio de diferentes casos ha determinado conceder el amparo cuando se presenta alguna de las siguientes circunstancias: (a) cuando el tratamiento de fertilidad ya ha sido iniciado por parte de la EPS y ésta lo interrumpe de manera inesperada, es decir, que no hay una razón científica que sustente dicho proceder; (b) cuando lo solicitado por el accionante es la práctica de exámenes con el fin de diagnosticar cuál es la causa de la infertilidad; y por último, (c) cuando la infertilidad es la consecuencia de otra enfermedad²⁶.

En el primer caso, la Corte ha considerado que en virtud de los principios de confianza legítima y de la continuidad en la prestación del servicio de salud, no es permitido a las EPS suspender los tratamientos de fertilidad ya iniciados, a pesar de que no tengan la obligación de suministrarlos²⁷.

En cuanto al segundo aspecto, este tribunal ha protegido el derecho al diagnóstico y a la falta de certeza sobre la enfermedad, en estos casos se ha ordenado la práctica de exámenes diagnósticos, con el fin de que la persona tenga pleno conocimiento sobre su estado de salud, lo que en todo caso no implica realizar un tratamiento de fertilidad²⁸.

Finalmente, al estudiar el último supuesto, se ha dicho que se trata del suministro de medicamentos, o de la práctica de tratamientos o

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

²⁵ Sentencia T-752 de 2007: "(...) cuando se trata de tratamientos para la infertilidad, la Corte ha considerado la improcedencia de la acción de tutela por considerar que no existe violación de derechos fundamentales y además porque la exclusión que de dicho tratamiento se ha hecho de los servicios comprendidos dentro del Plan Obligatorio de Salud constituye el legítimo desarrollo de la facultad de configuración legal, que es totalmente coherente con la necesidad de implementar un Sistema de Seguridad Social en Salud que se atenga al principio de universalidad y a su garantía a todos los habitantes del territorio nacional".

²⁶ Al respecto ver las sentencias T-226 de 2010, T-870 de 2008, T-572 de 2002, T-636 de 2007, T-901 de 2004 y T-946 de 2007.

²⁷ Ver sentencias T-901 de 2004, T-746 de 2002, T-572 de 2002 entre otras.

²⁸ Ver sentencia T-550 de 2010, T-946 de 2007 citan la sentencia T-471 de 2001 así: "**Derecho de diagnóstico.** la Corte revisó el caso de una mujer que presentaba un problema de infertilidad derivado de una enfermedad que la había llevado a la interrupción involuntaria del embarazo en repetidas oportunidades, y que no se encontraba plenamente identificada. La EPS demandada se negó a realizar los exámenes de diagnóstico necesarios, por considerar que se trataba de una prestación asociada a problemas de fertilidad. En esa ocasión, la Corte decidió amparar los derechos a la salud y al diagnóstico de la peticionaria, pues la negligencia en la práctica de los exámenes, impedía determinar el tratamiento a seguir, a la vez que agravaba el estado de vulnerabilidad de la peticionaria, en la medida en que, a falta de diagnóstico, la enfermedad podía agravarse y, eventualmente, tornarse en irreversible."

procedimientos encaminados a combatir una enfermedad en el sistema reproductor que tiene como consecuencia la infertilidad. Al respecto la Corte expresó en la sentencia T- 901 de 2004 lo siguiente:

“En el segundo supuesto, en cambio, no se trata exclusivamente del suministro de procedimientos médicos que se encuentran excluidos del P.O.S., para el tratamiento de la infertilidad de personas fisiológicamente ineptas para concebir, sino de la vulneración de derechos fundamentales tales como la integridad física, la salud y la vida en condiciones dignas, debido a falta de 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.** (Subrayado fuera de texto original).

En estos eventos, la Corte ha protegido el derecho a acceder a los tratamientos médicos que enfrenten tales patologías y así mismo, permitan la recuperación de las funciones reproductoras²⁹. Por lo tanto, será en el caso concreto en donde habrá de establecerse por el juez constitucional, si el tratamiento solicitado por el paciente, es de aquellos requeridos por personas no aptas para concebir, en donde no se precisa la vulneración de algún derecho fundamental y por lo tanto resulta improcedente la acción de tutela, o si se trata de aquellos tratamientos solicitados para la recuperación de personas con enfermedades del aparato reproductor que afectan sustancialmente la salud y la vida en condiciones de dignidad humana, pero que concomitantemente disminuyen o impiden su capacidad reproductiva, caso en el cual habrá de brindarse la protección tutelar deprecada”.

5. La naturaleza jurídica de los copagos y de las cuotas moderadoras, y los casos en los que procede su exoneración. Reiteración de jurisprudencia.

5.1. El legislador a través de la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Seguridad Social como un servicio público obligatorio que está a cargo del Estado y con el cual pretende garantizarle a los colombianos una serie de derechos que son considerados irrenunciables, entre los cuales está el derecho a la salud³⁰. A su vez, el artículo 187 de la misma disposición legal, le impuso a los usuarios del sistema la obligación de realizar pagos compartidos, deducibles y cuotas moderadoras con la finalidad que los afiliados beneficiarios contribuyan a la financiación del sistema y que los cotizantes racionalicen el uso de los servicios.

La Corte Constitucional en la sentencia C-542 de 1998 declaró exequible el artículo 187 bajo el entendido que el pago de estos rubros no puede ser un

²⁹ Sentencia T-946 de 2002.

³⁰ Ley 100 de 1993, artículo 1.

obstáculo para la prestación del servicio de salud cuando la persona carezca de los recursos económicos para cancelarlos.

De igual manera, el Consejo Nacional de Salud expidió el Acuerdo 260 de 2004, por medio del cual definió el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras en el Sistema General de Seguridad Social en Salud. En esta disposición, explicó que las cuotas moderadoras *“tienen por objeto regular la utilización del servicio de salud y estimular su buen uso”*³¹ y que le serán aplicadas a los afiliados del sistema, es decir, a las personas cotizantes y a sus beneficiarios y que los copagos son *“aportes en dinero que corresponden a una parte del valor del servicio demandado y tienen como finalidad ayudar a financiar el sistema”*³² y deben ser cancelados únicamente por los beneficiarios.

Es decir que, el pago de las cuotas moderadoras y de los copagos es necesario para financiar el Sistema General de Salud y para racionalizar el uso de sus servicios, sin embargo, la cancelación de estos pagos de ninguna manera puede convertirse en un obstáculo para que las personas que no cuentan con los recursos económicos accedan a los servicios de salud.

5.2. El acuerdo 260 de 2004 en su artículo 7 dispone que todos los servicios de salud estarán sujetos al pago de copagos exceptuado los siguientes: 1. servicios de promoción y prevención; 2. programas de control en atención materno infantil; 3. programas de control en atención de las enfermedades transmisibles; 4. enfermedades catastróficas o de alto costo; 5. la atención inicial de urgencias y, 6. los servicios que, conforme al artículo 6° del Acuerdo están sujetos al cobro de cuotas moderadoras.³³

Por otra parte, la resolución 5261 de 1994 en el artículo 16 define las

³¹ Acuerdo 260 de 2004, artículo 1.

³² Acuerdo 260 de 2004, artículo 2.

³³ Acuerdo 260 de 2004, Artículo 6°. Servicios sujetos al cobro de cuotas moderadoras. Se aplicarán cuotas moderadoras a los siguientes servicios, en las frecuencias que autónomamente definan las EPS: // 1. Consulta externa médica, odontológica, paramédica y de medicina alternativa aceptada. // 2. Consulta externa por médico especialista. // 3. Fórmula de medicamentos para tratamientos ambulatorios. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos. El formato para dicha fórmula deberá incluir como mínimo tres casillas. // 4. Exámenes de diagnóstico por laboratorio clínico, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo cuatro casillas. // 5. Exámenes de diagnóstico por imagenología, ordenados en forma ambulatoria y que no requieran autorización adicional a la del médico tratante. La cuota moderadora se cobrará por la totalidad de la orden expedida en una misma consulta, independientemente del número de ítems incluidos en ella. El formato para dicha orden deberá incluir como mínimo tres casillas. // 6. Atención en el servicio de urgencias única y exclusivamente cuando la utilización de estos servicios no obedezca, a juicio de un profesional de la salud autorizado, a problemas que comprometan la vida o funcionalidad de la persona o que requieran la protección inmediata con servicios de salud. // Parágrafo 1°. En ningún caso podrá exigirse el pago anticipado de la cuota moderadora como condición para la atención en los servicios de urgencias. // Parágrafo 2°. Si el usuario está inscrito o se somete a las prescripciones regulares de un programa especial de atención integral para patologías específicas, en el cual dicho usuario debe seguir un plan rutinario de actividades de control, no habrá lugar a cobro de cuotas moderadoras en dichos servicios. // Parágrafo 3°. Las cuotas moderadoras se pagarán al momento de utilización de cada uno de los servicios, en forma independiente.

enfermedades que son consideradas catastróficas o ruinosas entre las que se encuentra: a. tratamiento con radioterapia y quimioterapia para el cáncer; b. diálisis para insuficiencia renal crónica, trasplante renal, de corazón, de medula ósea y de cornea; c. tratamiento para el SIDA y sus complicaciones; d. tratamiento quirúrgico para enfermedades del corazón y del sistema nervioso central; e. tratamiento quirúrgico para enfermedades de origen genético o congénitas; f. tratamiento médico quirúrgico para el trauma mayor; g. terapia en unidad de cuidados intensivos. h. Reemplazos articulares. Estas enfermedades o tratamientos están exentas de pagos compartidos.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha establecido dos hipótesis en las que debe eximirse al afiliado del pago de los pagos compartidos y de las cuotas moderadoras. La primera es cuando el paciente requiere con urgencia un servicio médico pero carece del dinero para cancelar el valor de la cuota moderadora o del pago compartido, caso en el cual la entidad encargada de la prestación del servicio de salud deberá asumir el 100% del valor³⁴; la segunda es cuando el afiliado tiene capacidad de pago pero en el momento tiene problemas para hacer la erogación económica, en este caso la entidad deberá dar alternativas de pago y podrá exigir medios que garanticen el pago. En todo caso la falta de pago no puede ser un obstáculo en la prestación del servicio requerido³⁵

6. Caso Concreto.

6.1. Acorde con lo señalado por la ley y por la jurisprudencia de esta Corte, los tratamientos de fertilidad no están contemplados dentro del POS. Por ende, el Estado y las EPS no tienen la obligación de suministrar este tipo de procedimientos. Sin embargo, esta regla no es absoluta. Por el contrario, la jurisprudencia ha establecido tres excepciones: la primera, que consiste en la prohibición a las EPS de suspender tratamientos ya iniciados; la segunda, respecto de la obligación de practicar los exámenes necesarios para obtener un diagnóstico acertado; y la tercera, cuando una patología afecta la salud y la vida digna del paciente e impide la capacidad reproductiva causando la infertilidad.

6.2. La situación de la señora Claudia Lorena Betancourt López no se encuadra en la primera hipótesis planteada por la jurisprudencia constitucional, debido a que, aun no se le ha iniciado el tratamiento de fertilidad.

En el presente caso, se observa que la accionante tiene endometriosis en el ovario y en una trompa de falopio³⁶, éste diagnóstico fue confirmado por la clínica los Farallones en donde se lee: *“endometriosis grado 4, se realiza anexectomía izquierda con reporte de patología de endometriosis. Se informa*

³⁴ Sentencias T-743 de 2004, T-563 de 2010, T-725 de 2010 y T-388 de 2012.

³⁵ Sentencias T-330 de 2006, T-563 de 2010 y T-725 de 2010.

³⁶ Nota operatoria del 26 de noviembre de 2012 (Folio 14 del cuaderno No. 1); Historia Clínica (Folio 15 del cuaderno No. 1).

*trompa derecha parcialmente obstruida*³⁷, diagnóstico que podría ser la causa de infertilidad de la accionante, pero que a la fecha no se tiene certeza.

La EPS aseguró que le ha prestado todos los servicios médicos que ha requerido para tratar su diagnóstico de endometriosis; pero no se ha determinado si efectivamente esta es la causa de su infertilidad, faltando a la segunda hipótesis jurisprudencial, esto es, la práctica de exámenes necesarios para obtener un diagnóstico acertado.

6.3. Ahora, una vez determinada la causa de la infertilidad, y cuando se logra establecer que esta es producto de otra enfermedad, la Corte ha protegido los derechos fundamentales de las mujeres y le ha ordenado a las EPS que le realicen los procedimientos y tratamientos que sean necesarios para tratar dicha patología, pues se considera que tienen como propósito fundamental lograr la recuperación de la salud de la paciente, sin que ello implique ordenar el tratamiento de fertilidad³⁸.

6.4. En el mismo sentido, la Corte en la sentencia T-525 de 2011 estudió el caso de una señora que fue diagnosticada con una infertilidad femenina de origen tubárico primario, para tratar dicha patología el médico tratante ordenó la práctica de una microcirugía tubárica, la EPS le negó el procedimiento con el argumento que los tratamientos que están encaminados a superar la infertilidad están expresamente excluidos del Plan Obligatorio. En esta oportunidad la Sala reiteró *“que la Corte ha protegido el derecho a la salud, cuando la persona padece de alguna enfermedad o patología, que al ser tratada, le puede permitir a la mujer, de manera natural, quedar en estado de gestación, es decir, recuperar la condición física para procrear. En estos casos, la protección no está dirigida a autorizar tratamientos de infertilidad propiamente dichos, sino a superar o corregir anomalías físicas u orgánicas que permiten garantizar la integridad física, la salud y la vida en condiciones dignas”*.

6.5. Debido a lo anterior, la Sala le ordenará a Sura EPS que: (i) programe las citas respectivas con los especialistas que considere pertinentes, los cuales ordenarán los exámenes necesarios para obtener un diagnóstico acertado de la causa de infertilidad de la accionante; y (ii) si se determina que la endometriosis es la causa, deberá tratar dicho diagnóstico, autorizando los tratamientos, procedimientos y medicamentos ordenados por el médico tratante.

6.6. En cuanto a la pretensión de exoneración del pago de cuotas moderadoras y de copagos el artículo 187 de la ley 100 de 1993, en concordancia con el acuerdo 260 de 2004, disponen que los usuarios del sistema de salud cuando necesitan hacer uso de los servicios ofrecidos por el mismo, tienen la obligación de realizar ciertos pagos con la finalidad de racionalizar su uso y

³⁷ Historia Clínica (Folio 15 a 17 del cuaderno No. 1).

³⁸ Al respecto ver sentencias T-605 de 2007, T-901 de 2004, T-525 de 2011

de contribuir a su financiación. Sin embargo, en el artículo 7 del acuerdo 260, se enlistan una serie de servicios, como las enfermedades ruinosas o catastróficas, que se encuentran eximidas de realizar dichos pagos. A su vez, el artículo 16 define cuales son las enfermedades que son consideradas como catastróficas.

Adicionalmente a lo anterior, la Corte ha establecido dos situaciones en las que los usuarios están exentos de realizar este tipo de pagos y (i) es cuando el afiliado requiere con urgencia el servicio pero carece de los recursos económicos, (ii) o cuando teniendo la capacidad de pago, pero en el momento tiene problemas para realizar la erogación económica.

6.7. La Sala evidencia que la situación de la accionante no se encuentra inmersa en ninguna de las hipótesis planteadas en las disposiciones normativas mencionadas, pues la endometriosis no es una enfermedad que esté clasificada como catastrófica. De igual manera, tampoco se encuadra en los presupuestos mencionados por la jurisprudencia constitucional, pues la tutelante pertenece al régimen contributivo y tiene un ingreso base de cotización de \$3.841.000³⁹, de lo que no se desprende una imposibilidad económica para realizar dichos pagos. Debido a lo anterior, esta pretensión será negada

7. Conclusión.

7.1. *Síntesis del caso:* La señora Claudia Lorena Betancourt López padece endometriosis, enfermedad que le ha impedido quedar en estado de gestación, debido a esto, acudió a la clínica Farallones en donde le recomendaron que se realizara el procedimiento de fecundación In Vitro, en consecuencia le solicitó a su EPS que lo autorizara, y ésta en respuesta le indicó los documentos y el lugar en el que debía radicar la petición, inconforme con dicha situación acudió a la acción de tutela solicitando dicho tratamiento y adicionalmente la exoneración del pago de copagos y de cuotas moderadoras.

7.2. *Regla de decisión:* La protección excepcional que ha otorgado la Corte Constitucional en casos de fertilidad, tiene como objeto esencial sanear o curar la causa que produce la infertilidad, de tal manera, que la mujer de manera natural pueda quedar en estado de gestación. Por el contrario, cuando la mujer no cuenta con las condiciones físicas para quedar embarazada y lo que se pretende es producir la fertilidad de manera externa, la protección solicitada es denegada.

Los copagos y las cuotas moderadoras tienen como finalidad la financiación y racionalización del sistema, es así, que todos los usuarios están sujetos al pago de los mismos, excepto para los casos contemplados en el artículo 7 del Acuerdo 260 de 2004 y cuando el afiliado requiera un servicio médico con urgencia y no tenga los recursos económicos o teniéndolos posea problemas para hacer la erogación económica.

³⁹ Información suministrada por la EPS en su respuesta a la demanda de tutela. (Folio 66 del cuaderno No.1)

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la providencia dictada el 25 de abril de 2013 por el Juzgado Primero Municipal con Función de Control de Garantías para adolescentes de Cali, la cual amparó los derechos invocados y en su lugar, CONCEDER el derecho a la salud.

SEGUNDO.- ORDENAR a Sura E.P.S que en el término de dos (2) dos meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, deberá: (i) programar a la señora Claudia Lorena Betancourt López las citas respectivas con los especialistas que considere pertinentes, los cuales ordenarán los exámenes necesarios para obtener un diagnóstico acertado de la causa de infertilidad de la accionante; y (ii) si se determina que la endometriosis es la causa, deberá tratar dicho diagnóstico, autorizando los tratamientos, procedimientos y medicamentos ordenados por el médico tratante.

TERCERO.- NEGAR la exoneración de copagos y de cuotas moderadoras a la señora Claudia Lorena Betancourt López, por las razones expuestas en esta sentencia.

CUARTO.- LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO
Magistrado Ponente

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

GABRIEL E. MENDOZA MARTELO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO
Secretaria General