

Sentencia T-003/19

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMO DE CANCER-Caso donde accionante diagnosticada con cáncer de mamá le fue negada autorización de procedimiento quirúrgico reconstructivo, al sostener que la intervención encaja dentro de las exclusiones del Plan de Salud, consistente en tratamientos estéticos

DERECHO A LA SALUD COMO DERECHO FUNDAMENTAL AUTONOMO-Reiteración de jurisprudencia

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Procedencia dada la menor eficacia del mecanismo judicial ante la Superintendencia Nacional de Salud previsto en la ley 1122 de 2007

La Corte Constitucional ha sostenido que las acciones de tutela que buscan la protección del derecho fundamental a la salud son procedentes porque, a pesar de existir por ley un mecanismo jurisdiccional para ello ante la Superintendencia Nacional de Salud, aquel no es idóneo ni eficaz. Recientemente, la Corte ha concluido que la estructura de su procedimiento tiene falencias graves que han desvirtuado su idoneidad y eficacia, tales como: “(i) la inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país”.

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMO DE CANCER-Procedencia de tutela para evitar perjuicio irremediable

DERECHO A LA SALUD DE PACIENTE CON CANCER-Protección constitucional especial

DERECHO AL DIAGNOSTICO EFECTIVO COMO UNA DE LAS FACETAS DEL DERECHO A LA SALUD

DERECHO A LA SALUD COMO CONCEPTO INTEGRAL-Incluye no sólo aspectos físicos sino también psíquicos, emocionales y sociales

La salud no solo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que “tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional

REGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DE LOS DOCENTES AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO-Reglas establecidas por la Corte Constitucional para inaplicar régimen de exclusiones del POS, son vinculantes

CIRUGIAS FUNCIONALES Y ESTETICAS-Diferencias

FINES FUNCIONALES DE LAS CIRUGIAS ESTETICAS-Criterios para saber en qué momento se está ante una cirugía estética o una reconstructiva

“la cirugía estética con fines de embellecimiento es aquella que no tiene una patología de base y busca exclusivamente embellecer o rejuvenecer tejidos sanos o normales de las personas. La cirugía estética reconstructiva (incluida en el POS) tiende a recuperar la forma o la función perdida como consecuencia de un trauma o una enfermedad”.

CIRUGIA PLASTICA DE SENOS CON PROPOSITO FUNCIONAL O RECONSTRUCTIVO-Reiteración de jurisprudencia

EXCLUSION DE SERVICIOS O ATENCION EN SALUD-Distinción entre procedimientos estéticos y procedimientos funcionales en el Plan de Beneficios en Salud

DERECHO A LA SALUD DE ENFERMO DE CANCER-Orden de autorizar, programar y realizar cirugía de reconstrucción mamaria, ordenada por médico tratante

Referencia: Expediente T-6.923.747

Acción de tutela interpuesta por María Nidia Bustamante contra Cosmitet Ltda. – Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía.

Magistrada Ponente:

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Bogotá D.C., catorce (14) de enero de dos mil diecinueve (2019).

La Sala Séptima de Revisión de tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Cristina Pardo Schlesinger –quien la preside-, José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En el trámite de revisión del fallo de tutela proferido el treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma – Caldas, dentro de la acción de tutela instaurada por la señora María Nidia Bustamante contra Cosmitet Ltda. – Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía.

I. ANTECEDENTES

De acuerdo con lo dispuesto en la Constitución Política (arts. 86 y 241-9), el Decreto 2591 de 1991 (art. 33) y el Acuerdo 02 de 2015 (art. 55), la Sala de Selección Número Ocho de la Corte Constitucional escogió, para efectos de su revisión, la acción de tutela de la referencia[1]. De conformidad con el artículo 34 del Decreto 2591 de 1991, la Sala procede a dictar la sentencia correspondiente.

1. De los hechos y la demanda

1.1. El 17 de mayo de 2018 la señora María Nidia Bustamante interpuso la acción de tutela por considerar que se le habían vulnerado sus derechos fundamentales a la salud, la integridad personal, la seguridad social, la dignidad humana y la vida. Lo anterior, por cuanto la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. (en adelante Cosmitet Ltda.) se negó a autorizar el procedimiento quirúrgico ordenado por su médico tratante, consistente en una “RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON IMPLANTE DE BECKER DERECHO DE EXPANSIÓN DEL 50% DE 300 GMS TEXTURIZADO PEXIA MAMARIA Y REDUCCIÓN DE LA MAMA IZQUIERDA CON ENVÍO DE MATERIAL PARA ESTUDIO PATOLÓGICO”[2].

1.2. La accionante tiene 59 años de edad, es docente, se encuentra afiliada como cotizante al régimen especial de seguridad social del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y fue diagnosticada con cáncer de mama derecha E III A.

1.3. Señaló que el 29 de junio de 2016 le fue practicada la cirugía de “MASTECTOMÍA CON RESECCIÓN DE AREOLA Y PEZÓN Y VACIAMIENTO GANGLIONAR AGO, RESECCIÓN DE QUISTE MAMARIO EN MAMA DERECHA, CÁNCER DE MAMA TUMOR MALIGNO DEL CUADRANTE SUPERIOR DE LA MAMA Y RECONSTRUCCIÓN CON DORSAL ANCHO SIN PRÓTESIS”[3]. Como consecuencia de ello, su cirujano plástico le ordenó la realización de una intervención quirúrgica para la reconstrucción mamaria.

1.4. Aseveró que, después de presentar la historia clínica con todos los exámenes y órdenes emitidas por su médico tratante, la entidad accionada le negó el procedimiento quirúrgico, arguyendo que se trataba de una cirugía estética y que, por ende, no estaba incluida en el Plan de Beneficios en Salud del Magisterio (en adelante Plan de Beneficios en

Salud).

1.5. Con fundamento en lo expuesto, la accionante solicitó: (i) la protección de los derechos fundamentales invocados y que, por lo tanto, (ii) se ordenara a la accionada adelantar las gestiones necesarias para que se le realizara el procedimiento ordenado por el cirujano plástico y, de esa manera, se le garantizara la recuperación y restablecimiento integral de su salud.

2. Traslado y contestación de la demanda

2.1. Admisión y decreto de medida provisional

Mediante Auto del 18 de mayo de 2018, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma - Caldas - admitió la tutela y corrió traslado a Cosmitet Ltda. y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES - para que, en el término de dos (2) días contados a partir del recibo de la notificación, se pronunciaran respecto de los hechos y pretensiones de la tutela y remitieran un informe, en el que indicaran si habían recibido alguna solicitud frente al derecho reclamado por la accionante, en caso positivo señalaran qué respuesta se le dio a la misma y se adjuntara copia de ella. En el mismo sentido, ordenó oficiar al doctor Miguel Antonio Medina Franco, cirujano plástico, para que diera respuesta a los siguientes interrogantes[4]:

(i) ¿La reconstrucción bilateral de mamas con implante expansivo ordenado a la señora MARIA NIDIA BUSTAMANTE, se encuentra en el POS?

(ii) ¿Este procedimiento quirúrgico puede ser sustituido por otro contenido en el POS?

(iii) ¿Si no se practica se pone en riesgo la vida, la salud, la integridad personal y por qué?

(iv) ¿Este procedimiento es estético?

(v) ¿Pertenece Usted a la red de servicios de Cosmitet?

2.2. Respuestas de la entidad accionada y de los vinculados

2.2.1. Cosmitet Ltda.

Aclaró que Cosmitet Ltda. es una Institución Prestadora de Servicios de Salud – IPS, la cual suscribió un contrato con la Fiduprevisora S.A., como consecuencia de la Convocatoria Pública No. 003 de 2008 en la que fueron seleccionados para prestar los servicios a los docentes activos, beneficiarios y pensionados del fondo del Magisterio. En el pliego de condiciones de la referida convocatoria se establecieron las exclusiones de los procedimientos no contemplados dentro del plan de atención de dicho régimen especial, tales como tratamientos con fines estéticos, cosméticos o suntuarios y los no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida.

Señaló que el coordinador médico de la entidad accionada realizó un análisis de la historia clínica de la paciente, con base en la cual concluyó que “la reconstrucción mamaria con implante no hace parte del tratamiento de la patología primaria, esto quiere decir que no aporta al control ni manejo del cáncer, lo que busca es mejorar las condiciones estéticas de la paciente posterior al tratamiento médico y según la guía del usuario en su numeral 12 Exclusiones todos los procedimientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor están excluidos por tanto no son responsabilidad de COSMITET asumirlos”[5].

Afirmó que la entidad no vulneró los derechos fundamentales de la accionante por no estar obligada a autorizar tratamientos que entran en la clasificación explicada, ya que aquéllos se encuentran excluidos del plan de atención del régimen de salud del Magisterio. Agregó que, en caso de existir la obligación de suministrar el tratamiento estético, cosmético o suntuario y no encaminado a la restitución de la funcionalidad perdida, esta le correspondería al asegurador de la accionante, es decir, a la Fiduprevisora S.A.

Adujo que la tutelante no fue valorada por un psicólogo adscrito, lo cual consideró necesario por tratarse de un profesional idóneo para determinar “las consecuencias emocionales, sociales y psicológicas que posiblemente causan cicatrices en la vida de la paciente”[6].

Indicó que en este caso no se cumplieron los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para poder autorizar la cirugía objeto de tutela, pues no se verificó la existencia de una imposibilidad económica de la paciente para costear directamente la intervención. Afirmó que existen razones para entender que el núcleo familiar de la señora

María Nidia Bustamante cuenta con recursos económicos que provienen de sus labores como docentes de instituciones públicas y privadas, suficientes para sufragar la intervención “estética”[7] requerida por la accionante; costo que no pone en peligro el mínimo vital y móvil de la tutelante. Por lo anterior, aseveró que le correspondía al juez proteger el equilibrio económico de la I.P.S., haciendo respetar y aplicar las exclusiones previstas en el pliego de condiciones.

Finalmente, en relación con la pretensión de que le fuera garantizada una atención integral, argumentó que “la tutela no puede ir más allá de la amenaza o vulneración de los derechos para protegerlos a futuro, pues ello desbordaría su alcance y, además, se incurriría en el error de otorgar prestaciones que aún no existen”[8].

2.2.2. Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES

Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, en calidad de apoderado judicial del ADRES, procedió a pronunciarse respecto de los hechos y pretensiones de la tutela y solicitó que se negara el amparo con respecto a la entidad; pues de los hechos descritos y el material probatorio allegado, resultaba evidente que esta entidad no había desplegado algún tipo de conducta que vulnerara los derechos fundamentales de la tutelante. Afirmó que se configuraba una falta de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto la administradora no tuvo participación directa o indirecta.

Explicó que los miembros del Magisterio, Policía Nacional y Fuerzas Militares no hacen parte del Sistema de Seguridad Social Integral de la Ley 100 de 1993, razón por la cual no les rige ninguna de las instituciones ajenas a sus regímenes de excepción, como es el caso de la ADRES en la actualidad o del entonces FOSYGA. En el mismo sentido, aclaró que el recobro ante esta administradora por parte de una entidad perteneciente a un Régimen de Excepción, por servicios no incluidos dentro de su Plan de Salud, no ha sido habilitado por la Ley y la jurisprudencia constitucional. Asimismo, señaló que en esos regímenes las coberturas en salud las establecen las entidades que lo conforman y no la Dirección de Regulación de Beneficios, Costos y Tarifas del Aseguramiento en Salud del Ministerio de Salud y Protección Social. Por tanto, los costos de los servicios, medicamentos, insumos y/o procedimientos que no hagan parte del Plan de Salud tendrán que ser asumidos por la

entidad correspondiente dentro de su respectivo régimen; toda vez que habilitar el recobro ante la ADRES infringiría el artículo 9 de la Ley 100 de 1993, por destinarse recursos de la salud de los Regímenes Contributivo y Subsidiado para financiar un Régimen de Excepción. Con base en lo expuesto, pidió que se negara la solicitud de habilitación para recobrar los servicios no incluidos con cargo a los recursos de ésta entidad.

2.2.3. Doctor Miguel Antonio Medina Franco – Cirujano Plástico

El doctor Medina Franco no dio respuesta dentro del término otorgado a los interrogantes planteados en el auto que admitió la tutela; sin embargo, con posterioridad al proferimiento de la sentencia por parte del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma – Caldas, el médico tratante procedió a responder cada una de las preguntas que se le hicieron a través del oficio del 23 de mayo de 2018, en relación con su paciente María Nidia Bustamante, en los siguientes términos.[9]

(i) ¿La reconstrucción bilateral de mamas con implante expansivo ordenado a la señora MARIA NIDIA BUSTAMANTE, se encuentra en el POS?

“No se la respuesta ya que no trabajo en la parte administrativa y desconozco cuál es la cobertura final del Plan Obligatorio de Salud (POS) con respecto a prótesis mamarias.”

(ii) ¿Este procedimiento quirúrgico puede ser sustituido por otro contenido en el POS?

“Procedimiento no puede ser sustituido.”

(iii) ¿Si no se practica se pone en riesgo la vida, la salud, la integridad personal y por qué?

“La vida no se pone en riesgo, la salud mental del paciente sí porque hay una amputación una ablación física externa posterior a la cirugía reparadora por carcinoma de mama, la integridad personal con respecto a la esfera mental psicológica se afecta la física no.”

(iv) ¿Este procedimiento es estético?

“Es reconstructivo”.

(v) ¿Pertenece Usted a la red de servicios de Cosmitet?

“No soy empleado directo de Cosmitet, soy empleado por prestación de servicios de la Clínica CMS Colombia Pinares Médica que atiende pacientes de Cosmitet.”

3. Decisión judicial objeto de revisión

El Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma – Caldas, mediante sentencia del 30 de mayo de 2018, resolvió: (i) no tutelar los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal y la vida digna de la señora María Nidia Bustamante; y (ii) desvincular del amparo constitucional a la Administradora de Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, porque la accionante pertenece al régimen de excepción. Dicha decisión se fundamentó en las siguientes consideraciones.

Afirmó que la intervención quirúrgica solicitada es un procedimiento “estético”[10] que no se encuentra cubierto por el “POS”[11], tal y como lo indicó Cosmitet Ltda. en su contestación. Por ese motivo, para que se ordenara asumir la referida cirugía a través del amparo constitucional, afirmó que era necesario que la accionante acreditara el cumplimiento de unos requisitos exigidos por la jurisprudencia constitucional, los cuales no fueron satisfechos. Ello, por cuanto: (i) la accionante debió probar que si no se practicaba el procedimiento se afectaba su salud, vida o integridad personal, situación que consideró que no se desprendía de la historia clínica de la tutelante y de los documentos aportados por ella; (ii) el médico tratante no dio respuesta a las preguntas que se le formularon en el oficio que se le envió; y (iii) no se allegó un concepto psicológico que indicara que la secuela generada por el carcinoma afectó la autoestima o salud mental de la accionante.[12]

Finalmente, resaltó que la señora María Nidia Bustamante en ningún momento manifestó, en los hechos narrados en la tutela, que tanto ella como su núcleo familiar carecieran de capacidad económica para atender los costos de la cirugía requerida; exigencia que también ha sido establecida en la jurisprudencia constitucional para procedimientos excluidos del “POS”. [13]

4. Pruebas que obran en el expediente

4.1. Información allegada por la señora María Nidia Bustamante (accionante):

- Copia de la tutela para efectos de ser archivada.

- Copia de su cédula de ciudadanía.
- Copia de su historia clínica.
- Copia de la respuesta del 19 de enero de 2018 dada por Cosmitet Ltda. al oficio PM 0016 enviado por la Personería.
- Copia del Oficio PM 0055 del 25 de enero de 2018 y respuesta dada al mismo por parte de Cosmitet Ltda.

4.2. Información allegada por el señor Julián David Coca Arboleda, apoderado judicial de Cosmitet Ltda. (entidad accionada):

- Copia de la Escritura Pública No. 2355 del 20 de octubre de 2015, en la Notaría Catorce del Círculo de Cali, a través de la cual se confirió poder general para actuar.
- Certificado de existencia y representación de Cosmitet Ltda.
- Certificado emitido por el Coordinador Médico de Cosmitet Ltda.
- Certificado de exclusiones de la Fiduprevisora S.A.

4.3. Información allegada por Julio Eduardo Rodríguez Alvarado, apoderado judicial de la ADRES (entidad vinculada):

- Copia del poder especial a través del cual se confirió facultad para actuar.
- Copia de la Ley 1753 de 2015, "Por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018 "Todos por un nuevo país".
- Copia del Decreto 1429 de 2016, "Por el cual se modifica la estructura de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud - ADRES- y se dictan otras disposiciones".
- Copia del Acta de Posesión No. 039 del Jefe de la Oficina Asesora Código 202 Grado 03.

5. Actuaciones adelantadas en Sede de Revisión

5.1. Solicitud y auto de copias

Mediante Auto del 8 de octubre de 2018 se autorizó a la Secretaría General a expedir copia del expediente T-6.923.747, solicitada por la Defensora para lo de su competencia.

No obstante lo anterior, la Defensoría del Pueblo no intervino en el presente caso.

5.2. Auto de Pruebas

5.2.1. Mediante auto del 19 de octubre de 2018, la magistrada sustanciadora dispuso que a través de la Secretaría General de esta Corporación:

(i) Se vinculara a la Fiduprevisora S.A. al trámite de revisión de la acción de tutela T-6.923.747 como parte en el proceso, con el fin de que manifestara todo lo que considerara pertinente en relación con sus competencias. Lo anterior, en razón a que Fiduprevisora S.A. es la entidad encargada de administrar los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG.

(ii) Se requiriera a las partes y a la entidad vinculada para que allegaran información relacionada con el estado actual de afiliación en salud de la señora María Nidia Bustamante y su Ingreso Base de Liquidación, el proceso de contratación de las entidades que garantizan la prestación de los servicios de salud para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio – FOMAG y las disposiciones aplicables al mismo, el estado contractual actual entre Cosmitet Ltda. – Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. y la Fiduprevisora S.A. y se indicara si ya se le autorizó y/o practicó la cirugía de “RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON IMPLANTE DE BECKER DERECHO DE EXPANSIÓN DEL 50% DE 300 GMS TEXTURIZADO PEXIA MAMARIA Y REDUCCIÓN DE LA MAMA IZQUIERDA CON ENVÍO DE MATERIAL PARA ESTUDIO PATOLÓGICO” ordenada por el médico tratante.

5.2.2. El 29 de octubre de 2018, la Secretaría General informó al despacho de la magistrada sustanciadora que el auto fue comunicado mediante estado No. 802 de 2018 y los oficios OPTB-2700 al 2705 de 2018 del 23 de octubre del mismo año y que, durante el término dado, no se recibió comunicación alguna.

5.2.3. El 1 de noviembre de 2018, el despacho recibió otro informe mediante el cual se

remitieron dos oficios, uno enviado por la accionante y recibido el 30 de octubre de 2018, y el otro firmado por el apoderado judicial de Cosmitet Ltda., con fecha del 30 de octubre del presente año.

5.2.3.1. Respuesta de la accionante: La señora María Nidia Bustamante dio respuesta al auto, indicando que no se le ha practicado aún el procedimiento referenciado en la tutela interpuesta a su nombre.

5.2.3.2. Respuesta del accionado: El apoderado judicial de Cosmitet Ltda., Julián David Coca Arboleda, procedió a cumplir con lo solicitado en el auto. Para tales efectos, allegó: (i) Contrato No. 12076-009-2017-Región 9; (ii) Anexo No. 01 – Cobertura y Plan de Beneficios; (iii) Anexo No. 03 – Prestación de Servicios para el Plan de Salud del Magisterio; y (iv) Anexo No. 20 – Atención de Riesgos Laborales.

Nuevamente aclaró que Cosmitet Ltda. no es una E.P.S. sino una I.P.S., la cual suscribió un contrato con la Fiduprevisora S.A., con el fin de ofrecer la prestación del servicio de atención en salud para los pacientes del Magisterio del Valle de Cauca y Caldas; contrato que comenzó a regir desde el 23 de noviembre de 2017.

De otra parte, señaló que dicha prestadora del servicio de salud no capta dineros de los afiliados, no crea planes de beneficios ni de coberturas y tampoco establece quiénes tienen derecho al servicio en calidad de cotizantes o de beneficiarios, pues dichas funciones le corresponden a la Fiduprevisora S.A.

5.2.4. El 8 de noviembre de 2018, el despacho recibió un informe por parte de la Secretaría General, mediante el cual enviaron un oficio de la Fiduprevisora S.A. con el que dieron respuesta al auto del 19 de octubre de 2018.

5.2.4.1. Respuesta de Fiduprevisora S.A.: El señor Cesar A. García L., en calidad de coordinador de tutelas de la Dirección de Gestión Judicial de la entidad, dio respuesta a cada uno de los requerimientos realizados por el despacho de la magistrada sustanciadora.

Señaló que la ciudadana María Nidia Bustamante se encuentra registrada “ACTIVA COMO COTIZANTE” en la región 9, puesto que su municipio de residencia es Manizales. Como

consecuencia de lo anterior, afirmó que la entidad encargada de la prestación de servicios de salud es Cosmitet Ltda. En relación con el Ingreso Base de Liquidación de la accionante, indicó que dicha información no se consigna en el aplicativo de afiliación Hosvital y que, por ende, es la Secretaría de Educación la entidad que posee ese tipo de datos.

Posteriormente, hizo una corta explicación del proceso de contratación de las entidades prestadoras del servicio de salud. Manifestó que, conforme al Manual de Contratación del FOMAG, mediante aviso del 10 de marzo de 2017 la Fiduprevisora dio apertura a la Invitación Pública No. 002 de 2017. Aseveró que, como consecuencia de lo anterior, el Vicepresidente encargado del FOMAG resolvió adjudicar el contrato objeto de la invitación en 8 de 10 regiones establecidas[14], dentro de las cuales se encuentra la región 9, correspondiente a la que se encuentra afiliada la accionante.

Explicó que, de acuerdo al documento de selección definitiva de la invitación pública 002 de 2017, se estableció que la entidad a la que se le adjudique cada una de las regiones es la que deberá asumir y gestionar el riesgo de salud, operativo y financiero que del contrato se derive.

Respecto de los lineamientos que rigen la prestación del servicio de salud, la cobertura, las inclusiones y exclusiones del Plan de Beneficios establecido para los afiliados al Magisterio, refirió que dicha información reposa en los documentos de selección definitiva y en sus respectivos anexos, especialmente en los anexos 1, 2, 3, 18, 19 y 20, los cuales remitió para su estudio.

Ahora bien, en relación con el sujeto encargado de responder y garantizar la prestación de un servicio incluido en el Plan de Beneficios en Salud, aseveró que en el documento de selección definitiva se dispuso que: “En desarrollo del objeto del contrato, el contratista tendrá que garantizar, directamente o a través de sus redes integradas de servicios la prestación integral del plan de atención en salud del Magisterio; transporte dentro y fuera de la región; actividades de Promoción y Prevención; y componente asistencial de los riesgos laborales, bajo la modalidad de pago por capitación, por regiones”[15]. Adicionó que también se estableció una obligación específica de los operadores a los que se les adjudica un contrato, consistente en “Garantizar a los afiliados del FNPSM los beneficios del Plan de salud del Magisterio, en el marco del modelo de atención exigido en el documento de

selección de contratistas y en condiciones que garanticen la adecuada, integral y oportuna atención de los afiliados, de acuerdo con sus necesidades y cumpliendo con lo establecido en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, en término de oportunidad, pertinencia, suficiencia, continuidad e integralidad de la atención”[16].

Por último, acerca del estado contractual entre Cosmitet Ltda. y la Fiduprevisora S.A., mencionó que el operador adjudicado para cumplir con el objeto de la invitación para la región 9 fue Cosmitet Ltda. – Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía. y que, actualmente, el contrato se encuentra vigente, llevando un tiempo de ejecución de 11 meses. Además, resaltó que la entidad accionada tiene firmados dos contratos vigentes en la región 2 y 9 para el período de 2017 a 2021 y que también hizo parte de la UT MAGISALUD 2, para el período 2012 al 2017, el cual se encuentra en proceso de liquidación.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar los fallos de tutela proferidos dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2.1. Procedencia de la tutela

Corresponde a esta Sala verificar si en el presente asunto resulta procedente la acción de tutela a la luz de los requisitos establecidos en el Decreto 2591 de 1991.

2.1.1. Invocación de afectación de un derecho fundamental

El accionante invocó la protección de los derechos fundamentales a la salud, la integridad personal, la seguridad social, la dignidad humana y la vida.

De manera breve, es menester precisar que la concepción del derecho a la salud ha tenido un desarrollo jurisprudencial y legislativo que ha llevado a categorizarlo como un derecho fundamental autónomo[17]; pues, anteriormente, para ser protegido era necesario que

tuviera una relación de conexidad con otros derechos fundamentales reconocidos como tales para ese momento. El resultado del reconocimiento de la autonomía del derecho a la salud, que se dio con la sentencia T-760 de 2008, fue la expedición de la Ley 1751 de 2015[18]. De igual forma, en la jurisprudencia constitucional se ha venido haciendo énfasis en que el derecho a la salud es “fundamental”, habida consideración que tiene un fuerte vínculo con el principio de dignidad humana.[19]

En el caso sub examine, la accionante aseveró que su derecho a la salud se vio vulnerado al negársele la práctica de la cirugía reconstructiva de mama. Por tanto, sin ser necesario entrar a referirse sobre los demás derechos invocados, puede concluirse que la presente acción de tutela se encontraba encaminada a lograr la protección de derechos de carácter fundamental, lo que implicaba una controversia de orden constitucional, y por tanto, se cumplió con el requisito de trascendencia iusfundamental.

2.1.2. Legitimación en la causa por activa

En virtud del artículo 86 de la Constitución Política y el Decreto 2591 de 1991, “La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante.”[20]

En el caso sub lite, la señora María Nidia Bustamante interpuso la acción de tutela actuando a nombre propio, habida cuenta que es a ella a quien presuntamente le vulneraron sus derechos fundamentales. Por ese motivo, se entiende que se satisfizo el requisito de legitimación en la causa por activa.

2.1.3. Legitimación en la causa por pasiva

La acción de tutela fue dirigida contra Cosmitet Ltda., entidad encargada de la prestación del servicio de salud de la señora María Nidia Bustamante. Ahora bien, dice la ley que “La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. (...)”[21].

Conforme a lo expuesto por la accionante, la entidad demandada fue la presunta responsable de la vulneración de sus derechos fundamentales, al haberle negado la

autorización del procedimiento quirúrgico requerido por ella. Por tal razón, se puede concluir que la I.P.S. se encuentra legitimada en la causa por pasiva.

2.1.4. Inmediatez

Para el momento en que se instauró la acción de tutela por la accionante aún se mantenía la negativa por parte de la demandada a autorizar la práctica de la cirugía ordenada por el médico tratante y, además, durante el trámite constitucional se constató que aún no se ha realizado. La respuesta al Oficio PM-0016, emitido por la Personería Municipal de Anserma-Caldas, en la que Cosmitet Ltda. negó la autorización de la referida cirugía, fue allegada a la accionante mediante una comunicación con fecha del 25 de enero de 2018 y la acción de tutela fue instaurada el 17 de mayo del mismo año. Por consiguiente, se entiende que el requisito de inmediatez se cumple en este caso.

2.1.5. Subsidiaridad

La acción de tutela tiene un carácter residual y subsidiario, en virtud de lo consagrado en el artículo 86 de la Carta Política, del Decreto 2591 de 1991 y la jurisprudencia constitucional[23]. Partiendo de dicha afirmación, esta acción sólo es procedente de forma excepcional como mecanismo: (i) definitivo, cuando el presunto afectado no cuenta con otro medio de defensa judicial para la protección de sus derechos fundamentales y, en caso de existir un medio, aquél carece de idoneidad y eficacia para lograr una protección adecuada, oportuna e integral de los derechos invocados en el caso concreto; y (ii) transitorio, cuando se pretende evitar la consumación de un perjuicio irremediable de los derechos fundamentales del accionante en el interregno comprendido entre la presentación de la tutela y el fallo proferido por un juez ordinario. En el evento en que la tutela sea instaurada como mecanismo transitorio, se tendrían que dar las siguientes hipótesis para ser procedente: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.”.[24]

La Corte Constitucional ha sostenido que las acciones de tutela que buscan la protección del derecho fundamental a la salud son procedentes porque, a pesar de existir por ley un mecanismo jurisdiccional para ello ante la Superintendencia Nacional de Salud, aquél no es idóneo ni eficaz.[25] Recientemente, la Corte ha concluido que la estructura de su

procedimiento tiene falencias graves que han desvirtuado su idoneidad y eficacia, tales como: “(i) La inexistencia de un término dentro del cual las Salas Laborales de los Tribunales Superiores de los Distritos Judiciales deban resolver las impugnaciones formuladas en contra de las decisiones emitidas por la Superintendencia Nacional de Salud. (ii) La imposibilidad de obtener acatamiento de lo ordenado. (iii) El incumplimiento del término legal para proferir sus fallos. (iv) La carencia de sedes o dependencias de la Superintendencia Nacional de Salud en el territorio del país.”[26]

De otra parte, la Corte ha estimado que, respecto de pacientes que se encuentran diagnosticados con cáncer, existe la posibilidad de que sufran un perjuicio irremediable sobre su salud y, “en consecuencia, el juez de tutela debe analizar si los otros medios ordinarios de defensa judicial, entre ellos, los regulados para acudir a la Superintendencia Nacional de Salud, resultan eficientes, de lo contrario la acción de tutela será el mecanismo idóneo de protección. En este sentido, la Corte Constitucional, señaló que: Resulta desproporcionado señalar que dicho mecanismo es preferente sobre el recurso constitucional, pues cuando se evidencien circunstancias de las cuales se desprenda que se encuentran en riesgo la vida, la salud o la integridad de la personas, las dos vías judiciales tienen vocación de prosperar, porque de lo contrario se estaría desconociendo la teleología de ambos instrumentos, los cuales buscan otorgarle a los ciudadanos una protección inmediata cuando sus derechos fundamentales están siendo desconocidos”.[27] (Subrayado fuera del texto)

Cabe enfatizar entonces que “las personas que padecen de cáncer, por tratarse de una enfermedad que tiene un gran impacto negativo en su salud y su vida digna, gozan de una protección especial y reforzada de su derecho a la salud, convirtiendo en indispensable la prestación del servicio de manera integral, brindándole todos los tratamientos, medicamentos y procedimientos necesarios para el pleno restablecimiento de la salud del paciente o para mitigar las dolencias que le impiden llevar su vida en mejores condiciones.”[28] (Subrayado fuera del texto)

En el caso sub judice, la agenciada es un sujeto de especial protección constitucional por ser una personas que fue diagnosticada con cáncer, quien alegó que se le estaba afectando su integridad personal, dignidad humana y vida. Por tanto, la intervención de la jurisdicción constitucional se hace necesaria.

2.2. Planteamiento del problema jurídico y metodología de resolución del caso

Con base en los antecedentes expuestos, a la Sala de Revisión le corresponde resolver el siguiente problema jurídico:

¿Una I.P.S. (Cosmitet Ltda.) vulnera los derechos a la salud, la integridad personal, la seguridad social, la dignidad humana y la vida de una usuaria (María Nidia Bustamante) afiliada al régimen especial del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, diagnosticada con cáncer de mama, al negarle la autorización de un procedimiento quirúrgico reconstructivo ordenado por su médico tratante (reconstrucción mamaria con implante de becker derecho de expansión del 50% de 300 gms texturizado pexia mamaria y reducción de la mama izquierda con envío de material para estudio patológico), por considerar que dicha intervención encaja en una de las exclusiones del Plan de Salud, consistente en tratamientos estéticos, cosméticos o suntuarios y no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida?

Para resolver el problema jurídico planteado, a continuación se estudiarán los siguientes temas: (i) el derecho fundamental a la salud, su protección especial y reforzada para personas que padecen cáncer y su conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas; (ii) breve contextualización del funcionamiento del régimen especial de seguridad social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio e inclusiones y exclusiones del plan de beneficios médicos; (iii) relación contractual entre la Fiduprevisora S.A. y Cosmitet Ltda.; (iv) distinción entre procedimientos estéticos y funcionales; y (v) resolución del caso concreto.

2.3. Derecho fundamental a la salud, su protección especial y reforzada para personas que padecen cáncer y su conexidad con el derecho a la vida en condiciones dignas – reiteración –

2.3.1. Los artículos 48 y 49[29] de la Constitución Política de Colombia consagraron el derecho a la salud, el cual fue entendido como el derecho de acceso al servicio público y luego, conforme a lo establecido en el artículo 44 de la Constitución, se consideró como un derecho fundamental para casos que estuvieran relacionados con niños. Actualmente, la Corte Constitucional reconoce la salud como un derecho fundamental autónomo de todos los ciudadanos. Dicha aseveración fue producto de un largo desarrollo jurisprudencial, que

se expondrá a continuación de forma sucinta.

En primera lugar, en la sentencia T-406 de 1992 la Corte advirtió que los derechos sociales, económicos y culturales podían concebirse como fundamentales cuando tuvieran una relación de conexidad con alguno de los derechos de aplicación inmediata y, por ende, su protección se viabilizaba a través de la acción de tutela. En ese mismo sentido, se llegó a la conclusión de que la salud podía protegerse por su conexidad con el derecho fundamental a la vida y la dignidad humana. [30]

En segundo lugar, en la sentencia T-227 de 2003 se definió como “derecho fundamental” todo derecho subjetivo que estuviera encaminado a garantizar la dignidad humana.[31] La referida postura implicó un avance en la concepción del derecho a la salud, pues pasó a ser considerado como el mecanismo que permitiría procurarles a las personas una vida digna, garantizándoles así un adecuado desarrollo en la sociedad.

Posteriormente, en la sentencia T-760 de 2008, esta Corporación sostuvo que todos los derechos fundamentales involucran necesariamente una prestación; haciendo énfasis en el derecho a la salud, este comprende una prestación integral de los servicios y tecnologías requeridos para garantizar una vida digna y la integridad física, psíquica y emocional de los ciudadanos. En este sentido, la Corte indicó que: “la sola negación o prestación incompleta de los servicios de salud es una violación del derecho fundamental, por tanto, se trata de una prestación claramente exigible y justiciable mediante acción de tutela”.[32]

En el mismo fallo, se mencionó el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC, en el que se consagró como derecho el “disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”[33], y también se hizo referencia a la Observación General No. 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. La Corte Constitucional se basó en dichas normas internacionales para reconocer el derecho a la salud como fundamental; pues en aquella observación se estipuló que la salud es “un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos”. [34] Asimismo, destacó la necesidad de crear un sistema de protección orientado a garantizarle a las personas iguales oportunidades para el “disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud”. [35]

No obstante lo expuesto anteriormente, el referido derecho no es ilimitado, habida cuenta que su materialización depende de los recursos disponibles para la prestación de los servicios requeridos por los ciudadanos. Ello llevó a que el Comité estableciera cuatro criterios esenciales dirigidos a garantizar un nivel mínimo de satisfacción del derecho, a saber: (i) disponibilidad, (ii) accesibilidad, (iii) aceptabilidad y (iv) calidad. Al ser conceptos muy amplios, señaló la responsabilidad de cada Estado de concretar e implementar el contenido de cada uno de los elementos antes señalados a través de su legislación interna.

2.3.2. De otra parte, debe señalarse que se han entendido como sujetos de especial protección constitucional las personas que padecen enfermedades degenerativas, catastróficas y de alto costo, como aquellas que han sido diagnosticadas con cáncer.[36] Estas personas gozan de la posibilidad de acudir a la tutela como mecanismo para proteger su derecho a la salud, cuando este se vea amenazado o vulnerando y no exista un medio idóneo de defensa judicial.

No solamente se ha tratado de dar protección a las personas con cáncer en sede de la jurisdicción constitucional, sino también a través de la rama legislativa. El Congreso de la República expidió la Ley 1384 de 2014, denominada como la “Ley Sandra Ceballos”, a través de la cual se pretendió “establecer las acciones para el control integral del cáncer en la población colombiana, de manera que se reduzca la mortalidad y la morbilidad por cáncer adulto, así como mejorar la calidad de vida de los pacientes oncológicos, a través de la garantía por parte del Estado y de los actores que intervienen en el Sistema General de Seguridad Social en Salud vigente, de la prestación de todos los servicios que se requieran para su prevención, detección temprana, tratamiento integral, rehabilitación y cuidado paliativo.” (Subrayado fuera del texto) En dicha ley se caracterizó al cáncer como una enfermedad de interés en salud pública y como prioridad nacional; lo que hace ineludible su protección[37].

En la sentencia T-920 de 2013, la Corte Constitucional se refirió a la protección que debe dársele a estas personas, en los siguientes términos: “Por la complejidad y el manejo del cáncer esta Corporación ha reiterado el deber de protección especial que deben tener las entidades prestadoras del servicio de salud, y por lo tanto, ha ordenado que se autoricen todos los medicamentos y procedimientos POS y no POS que se requieran para el

tratamiento específico e incluso inaplicar las normas que fundamentan las limitaciones al POS, razón por la cual se le debe otorgar un trato preferente”.[38]

La postura expuesta en el párrafo precedente se relaciona con el principio de integralidad que rige al Sistema de Seguridad Social de Salud en Colombia. Al respecto, el artículo 8 de la Ley 1751 de 2015 dispuso que: “Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud (...) No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”[39]

Por consiguiente, las personas que padecen cáncer no están en las mismas condiciones en la que se encuentra una persona sana o con un diagnóstico de menor gravedad para desplegar una adecuada defensa de sus derechos. De esta manera, es responsabilidad del Estado y de las entidades prestadoras de los servicios de salud ofrecer un servicio eficiente e integral para tratar la enfermedad mientras esta perdure, para poder garantizar que el paciente pueda sobrellevar su padecimiento dignamente.[40]

2.3.3. En lo concerniente a la salud y su amplio alcance, en la sentencia T-659 de 2003 la Corte estimó que este no sólo tiene que ver con el estado de bienestar físico o funcional, sino también con el psicológico, emocional y social de una persona; ya que son todos esos aspectos los que viabilizan el desarrollo de una vida de calidad y también tienen incidencia en el desarrollo integral del ser humano. Por lo anterior, esta Corporación ha considerado que una decisión que afecte tanto el ámbito funcional como el psicológico, emocional y social sería vulneratoria de los derechos fundamentales de la persona, tales como el de la integridad física, moral y psíquica y a una vida digna.[41]

En la sentencia T-307 de 2006 se reiteró el concepto amplio de salud y se agregó que no sólo es visto de esa manera a nivel nacional sino también internacionalmente. Se hizo alusión a la Observación 14 del Pacto de Derechos Sociales, Económicos y Culturales en el que se consagró que: “la salud es un derecho humano fundamental e indispensable para el

ejercicio de los demás derechos humanos. Todo ser humano tiene derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud que le permita vivir dignamente (...) un derecho al disfrute de toda una gama de facilidades, bienes, servicios y condiciones necesarios para alcanzar el más alto nivel posible de salud". (Subrayado fuera del texto) La Corte señaló que, a través de la referida observación, el Comité enfatizó en la necesidad de interpretar de manera amplia el concepto de salud contenido en el párrafo 1 del artículo 12 del Pacto.[42]

En ese mismo fallo, se procedió a hacer un breve resumen de las intervenciones de algunos especialistas de diferentes Facultades de Medicina del país respecto del concepto integral de "salud". En una de dichas intervenciones, se expuso la siguiente idea: "La garantía del derecho a la salud incluye varias facetas: una faceta preventiva dirigida evitar que se produzca la enfermedad, una faceta reparadora, que tiene efectos curativos de la enfermedad y una faceta mitigadora orientada a amortiguar los efectos negativos de la enfermedad. En este último caso, ya no se busca una recuperación pues esta no se puede lograr. Se trata, más bien, de atenuar, en lo posible, las dolencias físicas que ella produce y de contribuir, también en la medida de lo factible, al bienestar psíquico, emocional y social del afectado con la enfermedad."[43] (Subrayado fuera del texto)

Ahora bien, la Corte también ha desarrollado un concepto amplio del derecho a la vida, pues ha considerado que este no sólo implica "la mera subsistencia biológica", sino también "el reconocimiento y la búsqueda de una existencia digna"[44].

En ese mismo sentido, se enfatizó en que el derecho a la vida digna "se extiende a la posibilidad concreta de recuperación y mejoramiento de las condiciones de salud, en la medida en que ello sea posible, cuando éstas condiciones se encuentran debilitadas o lesionadas y afecten la calidad de vida de las personas o las condiciones necesarias para garantizar a cada quien, una existencia digna"[45].

En la sentencia T-038 de 2007, la Corte Constitucional expuso uno ejemplo en el que se evidencia este alcance amplio del derecho a la vida digna. Se refirió a un caso en el cual "la accionante solicitaba implante de prótesis mamarias, ya que ambos senos le habían sido afectados por una intervención quirúrgica para extirpar tumores malignos, conllevándole ya no el padecimiento de dolores físicos, sino afectaciones psicológicas y estados depresivos, la corporación sustentó, con el mayor cubrimiento que exigía aquel caso: 'Bajo los

anteriores supuestos, la Sala estima que además del tratamiento quirúrgico consistente en la implantación de las prótesis mamarias que requiere la actora, se deberá ordenar el tratamiento psicológico que le garantice una reafirmación de su autoestima y carácter femenino, los cuales han resultado bastante afectados con la mutilación de la que ha sido objeto, tal como han recomendado los médicos legistas del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, conforme a las pruebas recaudadas dentro del expediente”[46].

En varias oportunidades la Corte ha hecho especial énfasis en la importancia que tiene que tanto la reglamentación como la aplicación del Plan de Beneficios en Salud no desconozcan los derechos fundamentales de las personas; situación que podría presentarse en los casos en que una entidad prestadora del servicio de salud hace una interpretación restrictiva de la reglamentación del Plan o cuando se abstiene de autorizar y practicar un procedimiento quirúrgico que tiene la capacidad de afectar directamente la dignidad o vida misma del paciente, argumentando indebidamente que se trata de una intervención excluida del Plan de Salud. Así, cuando una persona instaura una acción de tutela encaminada a lograr su recuperación física y emocional, psicológica o mental, producto de un padecimiento por una afección física, aquella actuación también busca lograr la protección de sus derechos a la integridad personal y a una vida digna.[47]

De allí que pueda colegirse que la salud no sólo involucra el tener un estado de bienestar físico o funcional, pues también debe comprender un bienestar psíquico, emocional y social. Ello, toda vez que todos esos elementos permiten proporcionarle a una persona el desarrollo de su vida en condiciones dignas y de calidad. Es por esto que “tanto el Estado como los particulares que intervienen en la prestación del servicio público de salud desconocen el derecho constitucional a la salud cuando adoptan una medida que no solo afecta el bienestar físico o funcional de las personas sino que se proyecta de modo negativo en su bienestar psíquico, social y emocional.”[48]

2.4. Régimen especial de Seguridad Social de los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio: breve contextualización

2.4.1. La Ley 91 de 1989 creó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en adelante el FOMAG, como una cuenta especial de la Nación, con independencia

patrimonial, contable y estadística y sin personería jurídica. En dicha ley se estableció que sus recursos serían administrados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en virtud de la suscripción de un contrato de fiducia mercantil celebrado con el Gobierno Nacional; función que le ha correspondido a la Fiduprevisora S.A, quien está encargada de contratar los servicios de varias IPS en todos los departamentos del país.[49]

En el artículo 4 de la referida normatividad, se consagró como función del FOMAG atender las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados vinculados a la fecha de su promulgación.[50]

Adicionalmente, la referida ley previó la existencia de un Consejo Directivo del Fondo, el cual tiene a cargo las siguientes funciones: “(i) Determinar las políticas generales de administración e inversión de los recursos del Fondo, velando siempre por su seguridad, adecuado manejo y óptimo rendimiento. (ii) Analizar y recomendar las entidades con las cuales celebrará los contratos para el funcionamiento del Fondo. (iii) Velar por el cumplimiento y correcto desarrollo de los objetivos del Fondo. (iv) Determinar la destinación de los recursos y el orden de prioridad conforme al cual serán atendidas las prestaciones sociales frente a la disponibilidad financiera del Fondo, de tal manera que se garantice una distribución equitativa de los recursos. (v) Revisar el presupuesto anual de ingresos y gastos del Fondo y remitirlo al Gobierno Nacional para efecto de adelantar el trámite de su aprobación. (vi) Las demás que determine el Gobierno Nacional.”[51]

Por su parte, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 determinó las excepciones a la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social contenido en dicha norma, dentro de las cuales se encuentran: (i) los miembros de las Fuerzas Militares; (ii) los miembros de la Policía Nacional; (iii) el personal regido por el Decreto Ley 1214 de 1990; (iv) los miembros no remunerados de las Corporaciones Públicas; (v) los trabajadores de las empresas que, al entrar en vigencia la Ley 100 de 1993, estuvieran en concordato preventivo y obligatorio, en el que se haya pactado sistemas o procedimientos especiales; (vi) los servidores públicos de la Empresa Colombiana de Petróleos y sus pensionados; y (vii) los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del magisterio.[52] Respecto de los últimos, señaló que se les mantendría su régimen especial de seguridad social, el cual debe ser respetado.[53]

No obstante lo anterior, la Corte Constitucional ha aclarado que, pese a tratarse de un régimen especial que tiene la facultad de establecer autónomamente los servicios con los cuales serán beneficiados sus afiliados, “no los hace ajenos a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”[54].

2.4.2. Ahora bien, cabe hacer la precisión referente a que el régimen especial de salud del Magisterio tiene un Plan Integral y la prestación de los servicios médico-asistenciales se realiza a través de entidades de salud que son sometidas a un proceso de selección, cuyos lineamientos son establecidos por el Consejo Directivo del Fondo, y la contratación deberá ser adelantada por cada región.[55] La atención y servicios de salud prestados deberán sujetarse a: (i) las políticas corporativas de la Fiduprevisora S.A.; (ii) las orientaciones del Ministerio de Educación Nacional, acorde con el contrato de fiducia suscrito con dicha entidad; (iii) la política sectorial para prestadores de servicios de salud; (iv) los pliegos de condiciones o documento de selección definitiva y sus anexos; y (v) los contratos suscritos con las Uniones Temporales adjudicatarias de las invitaciones públicas.[56]

Uno de los lineamientos del plan integral de salud de este régimen de excepción es ofrecer una atención o tratamiento de todo tipo de patologías sin restricción, tanto a los afiliados como a los beneficiarios. En ese mismo sentido, han establecido que la atención integral de todas las patologías de alto costo o catastróficas (como el cáncer, el VIH, la insuficiencia renal crónica aguda, patologías cardiovasculares, neurológicas y los trasplantes) no tendrá exclusiones, preexistencias ni períodos mínimos de cotización.[57] Asimismo, se ha establecido como criterio aplicado a los contratos celebrados con los prestadores de los servicios, que “todo aquello que no esté tipificado explícitamente como una exclusión se entenderá cubierto por el Plan de Beneficios del Magisterio, siempre en cumplimiento de lo dispuesto por las normas que rigen al Régimen de Excepción”[58].

Dentro del mismo plan, se han clasificado como excluidos los siguientes procedimientos: “(i) Tratamientos de infertilidad. Entiéndase como los tratamientos y exámenes cuyo fin único y esencial sea el embarazo y la procreación. (ii) Tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor. (iii) Todos los tratamientos quirúrgicos y medicamentos considerados experimentales o los no autorizados por las sociedades científicas debidamente reconocidas en el país, así se realicen y

suministren por fuera del territorio Nacional. (iv) Se excluyen expresamente todos los tratamientos médico-quirúrgicos realizados en el exterior. (v) Se excluyen todos los medicamentos no autorizados por el INVIMA o el ente regulador correspondiente. (vi) Se excluyen tecnologías en salud sobre las cuales no exista evidencia científica, de seguridad o costo efectividad o que tengan alertas de seguridad o falta de efectividad que recomienden su retiro del mercado, de acuerdo con la normatividad vigente. (vii) Tratamientos de ortodoncia, implantología, dispositivos protésicos en cavidad oral y blanqueamiento dental en la atención odontológica. (viii) Prestaciones de salud en instituciones no habilitadas para tal fin dentro del sistema de salud. (ix) No se suministrarán artículos suntuarios, cosméticos, complementos vitamínicos (excepto los relacionados con los Programas de Promoción y Prevención) líquidos para lentes de contacto, tratamientos capilares, champús, jabones, enjuagues bucales, cremas dentales, cepillo y seda dental y demás elementos de aseo; leches, cremas hidratantes, anti solares, drogas para la memoria, edulcorantes o sustitutos de la sal, anorexígenos. Los anti-solares y cremas hidratantes serán cubiertas cuando sean necesarios para el tratamiento de la patología integral del paciente. (x) No se reconocerán servicios por fuera del ámbito de la salud salvo algunos servicios complementarios y necesarios para el adecuado acceso a los servicios como el caso del transporte. (xi) Calzado Ortopédico. (xii) Los pañales de niños y adultos y las toallas higiénicas. (xiii) Todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido.”[59] (Subrayado fuera del texto)

En lo concerniente a la relación entre la Fiduprevisora S.A. y Cosmitet Ltda., la primera de ellas dio apertura a la Invitación Pública No. 002 de 2017 mediante un aviso con fecha del 10 de marzo de 2017, la cual tenía como objetivo “la contratación de entidades que garanticen la prestación de los servicios de salud del plan de atención integral y la atención médica derivada de los riesgos laborales para los afiliados al fondo nacional de prestaciones sociales del magisterio en el territorio nacional, asumiendo y gestionando el riesgo en salud, operativo y financiero que del contrato se derive”. [60] En desarrollo del mencionado proceso, la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia Ltda - Cosmitet LTDA presentó una propuesta de contratación para las regiones de Valle de Cauca, Cauca, Caldas, Quindío y Risaralda.

El proceso de selección fue dividido en dos etapas: (i) una de habilitación y (ii) la otra de calificación. Dentro de la primera de ellas, para la región de Valle de Cauca y Cauca, Cosmitet Ltda. recibió un porcentaje de habilitación técnica del 99.91% y para Caldas,

Quindío y Risaralda fue del 99.51%. Los elementos evaluados para determinar dichos porcentajes fueron la habilitación técnica, jurídica, financiera y experiencia.

Posteriormente, los proponentes y sus calificaciones fueron presentados ante los miembros del Consejo Directivo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio para que se llevara a cabo una votación.

Finalmente, mediante Acta de Adjudicación del 18 de octubre de 2017, la Fiduprevisora S.A. resolvió adjudicar a Cosmitet Ltda. el contrato de prestación de servicios en salud para la región 2, integrada por el Departamento de Valle de Cauca y Cauca, y la región 9, compuesta por el Departamento de Caldas, Quindío y Risaralda.[61]

Respecto al Departamento de Caldas, el 30 de octubre de 2017 se perfeccionó el Contrato para la Prestación de Servicios de Salud del Plan de Atención Integral y la Atención Médica para los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio No. 12076-009-2017, entre Cosmitet Ltda. y la Fiduprevisora S.A. En dicho contrato se hizo una síntesis del proceso de contratación y sus resultados y se establecieron los lineamientos que rigen la prestación del servicio contratado. En el referido documento se señaló que el contratista deberá sujetarse a lo previsto en el contrato suscrito, en el documento de selección y sus anexos.

A propósito de las obligaciones contractuales de las partes, tanto en el Contrato como en el Documento de Selección Definitiva se definieron las obligaciones generales y específicas del Contratista, dentro de las cuales se destacan las de: (i) Garantizar, una vez firmado el contrato, los servicios de salud en todos los municipios de la región según el modelo de administración y prestación de servicios definido en el mismo, para garantizar a los afiliados la prestación de la totalidad de los servicios del Plan de salud del Magisterio; (ii) Garantizar a los afiliados los beneficios del Plan de salud del Magisterio, en el marco del modelo de atención exigido en el documento de selección de contratistas y en condiciones que garanticen la adecuada, integral y oportuna atención de los afiliados, de acuerdo con sus necesidades y cumpliendo con lo establecido en el Sistema Obligatorio de Garantía de Calidad, en términos de oportunidad, pertinencia, suficiencia, continuidad e integralidad de la atención; (iii) Responder de manera integral por el manejo del riesgo en salud y la garantía de los servicios de salud incluidos en el contrato; (iv) Cumplir con oportunidad en la

atención efectiva de los servicios de salud en los términos señalados en el Anexo No. 03 del documento de selección de contratistas; (v) Prestar todos los servicios establecidos en el Plan de Salud del Magisterio, incluso los que puedan surgir en un futuro por nuevas tecnologías, estén o no contemplados en la red de servicios presentada en la propuesta; entre otras.[62]

Finalmente, es menester resaltar que en el Anexo No. 01 del documento de selección definitiva, aplicable a este contrato, dispone la regla general de que “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”[63].

2.6. Distinción entre procedimientos estéticos y funcionales

Como se observa de la lista de exclusiones presentada en el acápite anterior, la relativa a tratamientos considerados estéticos, cosméticos o suntuarios no encaminados a la restitución de la funcionalidad perdida por enfermedad o la grave afectación estética por trauma o cirugía mayor, no puede ser cubierta con los recursos previstos para el Plan de Salud del Magisterio. En este punto resulta necesario hacer unas precisiones respecto de las diferencias que existen entre una atención médica con fines estéticos o cosméticos y aquellas de carácter funcional.

En el Anexo No. 03 de la Invitación Pública No. 002 de 2017[64], en el que se establecieron los criterios de la prestación de servicios para el Plan de Salud del Magisterio, la Fiduprevisora S.A. definió los servicios de rehabilitación en los siguientes términos: “La rehabilitación estará dirigida a evaluar, mejorar o recuperar la capacidad funcional o laboral, perdida por causa de enfermedad o accidente. En ese orden, involucra las acciones necesarias para la recuperación de la capacidad funcional perdida o disminuida por causa de enfermedad general, enfermedad profesional o accidente de trabajo. Dichas acciones se ubican en todos los campos de las terapias existentes y avaladas por sociedades científicas, así como la adaptación y el entrenamiento para el manejo de prótesis u órtesis.”[65] (Subrayado fuera del texto)

Partiendo de lo anterior, se debe resaltar que hay dos tipos de intervenciones quirúrgicas que pueden parecer similares pero tienen diferentes finalidades, es decir, la de carácter estético y la de rehabilitación o recuperación funcional. La primera de ellas tiene como finalidad “modificar o alterar la estética o apariencia física de una parte del cuerpo con el fin

de satisfacer el concepto subjetivo que la persona que se somete a este tipo de intervenciones tiene sobre el concepto de belleza”[66]; mientras que la segunda tiene como fin “preservar el derecho a la salud dentro de los parámetros de una vida sana y digna, así como también con el fin contrarrestar las afecciones psicológicas que atentan también contra del derecho a llevar una vida en condiciones dignas”[67]. En otros términos, las cirugías plásticas con fines estéticos buscan cambiar las partes del cuerpo que no le satisfacen al paciente. A contrario sensu, los procedimientos quirúrgicos reconstructivos con fines funcionales tienen como objetivo lograr mitigar o reconstruir los efectos negativos producto de un accidente o trauma, en los que se “hace uso de técnicas de osteosíntesis, traslado de tejidos mediante colgajos y trasplantes autólogos de partes del cuerpo sanas a las afectadas”. [68]

Ahora bien, las cirugías que se enmarcan dentro de la clasificación de estéticas, cosméticas o suntuarias, por regla general, no se encuentran cubiertas por el Plan de Beneficios en Salud, así como tampoco los efectos secundarios previsibles que de este tipo de procedimientos se puedan llegar a derivar.

La Corte Constitucional ha señalado que una cirugía será calificada como estética o funcional con base en una valoración o dictamen científico que se encuentre debidamente soportado. Dicha clasificación no puede ser realizada con base en parámetros administrativos o financieros de la entidad prestadora del servicio de salud y, mucho menos, de los criterios subjetivos del paciente que solicita la realización de la intervención.

La distinción de estos dos tipos de cirugías ha sido estudiada en varias sentencias de la Corte Constitucional y ha sido aplicada al régimen general de seguridad social integral de salud. No obstante, la postura expuesta podría ser adaptada para el caso del Plan de Salud del Magisterio por analogía, pues ambos regímenes deben regirse por los mismos principios, tal y como el de la integralidad.

En este sentido, la Corte ha reiterado que: “existen cirugías estéticas que persiguen dos propósitos distintos: el estético o cosmético cuando buscan mejorar tejidos sanos para embellecer el cuerpo, y el funcional o reconstructivo cuando son necesarias para tratar una enfermedad”[69].

De otra parte, esta Corporación ha señalado unos criterios para saber en qué casos se está

o no ante una cirugía estética o una reconstructiva: “la cirugía estética con fines de embellecimiento es aquella que no tiene una patología de base y busca exclusivamente embellecer o rejuvenecer tejidos sanos o normales de las personas. A su turno, la cirugía estética reconstructiva (incluida en el P.O.S.) tiende a recuperar la forma o la función perdida como consecuencia de un trauma o una enfermedad”. [70] (Subrayado fuera del texto)

De igual forma, en el caso de una docente que pertenecía al régimen de excepción del magisterio y a quien el FOMAG le negó la autorización de una cirugía de mama ordenada por su médico tratante, la Corte reiteró en la existencia de procedimientos quirúrgicos que, en principio, pueden catalogarse como estéticos y, luego, adquieren la connotación de funcionales o reconstructivas, por ser necesarios para garantizar el ejercicio del derecho a la salud [71]. En dicho fallo se señaló que la Corte: “(...) en múltiples oportunidades ha propendido por la protección de la vida en forma integral, buscando que la persona obtenga del Sistema de Seguridad Social una solución satisfactoria a sus dolencias físicas y psicológicas, que afecten su normal desarrollo en sociedad. Incluso, ha ordenado la realización de cirugías que, prima facie, podrían catalogarse como estéticas, pero conllevan una connotación funcional fundamental, en aras de garantizar la vida digna, sin compromiso de la salud física y síquica” [72]

En la sentencia T-381 de 2014, se establecieron unas reglas para ser aplicadas a casos en los que se niega una cirugía arguyendo que se trata de una intervención con una finalidad estética y no funcional, a saber: “(i) Que el caso no esté clasificado como una cirugía estética, esto es, que debe tener una patología de base que haya producido el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico. (ii) Que haya orden del médico tratante que justifique la intervención quirúrgica, para morigerar o controlar los efectos físicos y psicológicos generados por la patología. (iii) Que la intervención quirúrgica sea necesaria para garantizar el derecho a la vida en condiciones dignas, a la salud física y mental, a la integridad personal y a los derechos sexuales. (iv) Que la persona carezca de medios económicos para poder costear el procedimiento que solicita. (v) Que los efectos negativos de la enfermedad ameriten la intervención inmediata del juez constitucional, para evitar un perjuicio irremediable.” [73]

Adicionalmente, en el mismo fallo se indicó que la jurisprudencia constitucional ha prohibido

a las E.P.S. negar el servicio de la reconstrucción mamaria con prótesis, por cuanto dicha conducta vulnera el derecho fundamental a la salud de los pacientes.[74]

En la sentencia T-1176 de 2008, esta Corporación ordenó la autorización de la reconstrucción mamaria de una señora que padecía cáncer de mama. Ello se debió a que se llegó a la conclusión de que este tipo de intervenciones en personas con ese diagnóstico puede restablecer la integridad física, emocional y psicológica de una persona: “no siempre las intervenciones estéticas tienen fines cosméticos o de embellecimiento y por consiguiente no todos los procedimientos estéticos pueden tenerse en tanto excluidos del Plan Obligatorio de Salud. Aquellas intervenciones orientadas a restablecer la apariencia normal de las personas se ligan estrechamente con el reconocimiento de su dignidad y con la necesidad de no vulnerar tal dignidad, se consideran incluidas en el Plan Obligatorio de Salud y no pueden catalogarse como intervenciones superfluas con fines de embellecimiento”.[75]

Esta misma postura fue reiterada en la sentencia T-381 de 2014, en la que se concluyó que: “en aquellos eventos en los que la intervención ordenada por los médicos tratantes se relaciona con el implante de prótesis mamarias cuyo objeto no es embellecer a la persona sino reconstruir los senos que han sido previamente afectados por intervenciones dirigidas a extirpar tumores malignos o cualquier otro trastorno de salud, que traiga consigo no solo consecuencias de orden físico o funcional sino afectaciones psicológicas y estados depresivos, deben ser proporcionadas por las Entidades Promotoras de Salud. Tanto es esto así que la Corte ha ordenado, incluso, una asistencia psicológica para quienes se enfrentan a una situación de este tipo.”[76]

Lo expuesto lleva a concluir que, efectivamente, las cirugías estéticas se encuentran expresamente excluidas del Plan. Sin embargo, las reconstructivas de carácter funcional se pueden entender incluidas y las IPS deberán responder por su autorización y realización; con fundamento en el lineamiento antes mencionado, en virtud del cual “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”, así como también por tratarse de un procedimiento de rehabilitación.[77]

3. Resolución del caso concreto

La Corte considera que la protección constitucional es procedente, por cuanto: (i) se trata

de una paciente que fue diagnosticada con cáncer de mama y, por ello, tiene derecho a una protección especial y reforzada de su salud; (ii) se negó la autorización y realización de un servicio médico por estar supuestamente excluido del Plan de Salud del Magisterio, cuando realmente debe entenderse incluido; y (iii) por tratarse de una intervención médica que tiene la capacidad de garantizarle al accionante su derecho a la integridad física, psicológica y emocional, así como también la salud y la vida en condiciones dignas.

En el caso sub examine, a la ciudadana María Nidia Bustamante, de 59 años de edad, le fue diagnosticado cáncer de mama, motivo por el cual se le practicó una mastectomía. A partir de las pruebas que obran en el expediente, puede verificarse que el médico tratante le ordenó reconstrucción mamaria con prótesis y, aún así, la entidad demandada se abstuvo de autorizar la intervención prescrita, alegando que dicho procedimiento no está previsto en su Plan de Beneficios en Salud, por tratarse de una intervención estética.

De la orden médica y de la respuesta del médico a los interrogantes del juez de instancia, presentada fuera del término dado por el mismo, se desprende la imposibilidad de equiparar la intervención solicitada a un procedimiento con fines de embellecimiento o suntuarios. Ello, habida consideración que consiste en una cirugía de reconstrucción mamaria con prótesis, la cual permitirá restablecer la salud de la accionante, pues: (i) se le garantizaría su integridad física, funcional, psíquica, emocional y social; y (ii) se le restablecería su apariencia normal, requerida para poder desarrollar su vida en condiciones de calidad y dignidad. El médico tratante no ordenó la realización de la referida cirugía con el objetivo satisfacer el concepto subjetivo de belleza que pueda llegar a tener su paciente, sino para que tuviera la posibilidad de recuperar su apariencia normal. Por consiguiente, esta Sala afirma que en el caso sub examine la intervención solicitada no está clasificada como una cirugía estética, puesto que existe una patología de base que produjo el efecto que se pretende corregir por medio del procedimiento médico; pues se está procurando mitigar los efectos negativos ocasionados como consecuencia de la mastectomía que se le practicó, como forma de tratar el cáncer de mama que le fue diagnosticado.

Ahora bien, en la parte considerativa la Sala destacó el amplio alcance que la jurisprudencia constitucional le ha dado al derecho a la salud y vida digna, pues ya no sólo comprende el aspecto físico o funcional, sino también las condiciones psíquicas, emocionales y sociales de

la persona; toda vez que, una persona es un ser integral y, por ende, no puede dejar de tenerse en cuenta ninguna de las referidas facetas. El Estado y las entidades prestadoras del servicio de salud tienen la responsabilidad de respetar y garantizar este derecho y, es por esto que, puede afirmarse que desconocen el derecho a la salud cuando toman determinaciones que afectan no solo el bienestar físico, sino también el psíquico, social y emocional de los pacientes.

Integrando este análisis con el caso concreto, debe resaltarse que: (i) la accionante requiere una reconstrucción bilateral de mamas con implante expansivo, como consecuencia de la extirpación de un tumor maligno causado por una enfermedad catastrófica – cáncer de mama -; (ii) de no llevarse a cabo dicha intervención quirúrgica se puede poner en riesgo la salud mental de la paciente, tal y como lo afirmó su médico tratante en la respuesta al oficio del 23 de mayo de 2018; (iii) por lo anterior fue que el referido galeno, adscrito a la entidad prestadora del servicio de salud, ordenó la cirugía de carácter reconstructivo; y (iv) los procedimientos médicos que tengan un carácter reconstructivo o reparador se encuentran incluidos dentro del Plan de Beneficios en Salud y, por ende, la práctica de la cirugía solicitada debe entenderse incluida, puesto que en el anexo del documento de selección definitiva, que hace parte del contrato suscrito para la prestación del servicio de salud, se determinó que todo lo que no se encuentre expresamente excluido se debe entender incluido dentro del Pan.

Así, la Sala concluye que la cirugía objeto de la tutela no puede catalogarse como estética, cosmética o suntuaria; habida cuenta que con ella se pretende superar un problema cuyo origen devino de la intervención médica a la que tuvo que someterse, como forma para curar el cáncer de mama que le fue diagnosticado. Por consiguiente, la entidad responsable de prestar el servicio de salud a la señora María Nidia Bustamante, que para el caso sub lite es Cosmitet Ltda., no podía negar el procedimiento alegando estar por fuera del Plan de Salud del Magisterio. Lo anterior lleva afirmar que, con dicha determinación, la entidad accionada desconoció los derechos fundamentales a salud y a la vida en condiciones dignas; puesto que al haber omitido autorizar la reconstrucción mamaria con prótesis ordenada por el médico tratante, impidió que a la usuaria se le restableciera su salud e integridad física, funcional, psíquica, emocional y social y su apariencia tal y como se encontraba con anterioridad a la mastectomía realizada, para que pudiera tener y disfrutar una vida digna. Lo anterior, también encuentra sustento en que en el pliego de condiciones

de la contratación o documento de selección definitiva, aplicable al contrato vigente suscrito entre la Fiduprevisora S.A. y Cosmitet Ltda., y en sus anexos, se estableció como regla general que “todo lo que no está explícitamente excluido se considera incluido”; precepto que se cumple o es aplicable para el presente caso.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala concluye que no puede exigírsele o imponérsele a la accionante ni a su familia la carga de tener que sufragar directamente el costo de la cirugía pues, como se ha venido reiterando, la intervención quirúrgica debe entenderse incluida dentro del Plan de Beneficios en Salud, ya que no se encuentra expresamente excluida del mismo, y por este motivo es responsabilidad de Cosmitet Ltda. cubrir dicho gasto, en virtud de lo previsto tanto en el documento de selección definitiva, sus anexos y el contrato suscrito por esta entidad accionada.

En consecuencia, la Sala considera que la abstención de la I.P.S. vulneró directamente los derechos fundamentales de la accionante y, por ello, concederá el amparo solicitado. En ese sentido, se ordenará a Cosmitet Ltda. realizar todos los trámites necesarios para efectos de autorizar la reconstrucción mamaria prescrita por el galeno; con fundamento en la jurisprudencia constitucional reiterada en la presente providencia. De igual forma, ordenará a Cosmitet Ltda. que, una vez practicada la cirugía de reconstrucción mamaria, realice los controles posoperatorios que sean necesarios para garantizar la plena recuperación de la señora María Nidia Bustamante.

Finalmente, se debe precisar que el análisis realizado por esta Corporación para la presente tutela debió ser el mismo efectuado por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma - Caldas; quien por el contrario negó la tutela de los derechos fundamentales invocados, aduciendo que la cirugía era de carácter estético y que al revisar el expediente no se lograba verificar ninguna vulneración de los derechos fundamentales de la tutelante. Adicionalmente, el referido juez indebidamente hizo exigencias desproporcionadas, tales como no conceder el amparo solicitado por la omisión del médico a dar respuesta a las preguntas formuladas por él en el término concedido y por no existir un concepto psicológico en el que se indicara la secuela generada en el autoestima o salud mental de la accionante, como consecuencia del carcinoma. Ello pone en evidencia el craso error en el que incurrió el juez de instancia y, como consecuencia, la Sala decide revocar el fallo proferido; pues, de manera fehaciente, desconoció el precedente jurisprudencial sentado

por la Corte Constitucional a lo largo de varios años.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- REVOCAR la sentencia proferida el treinta (30) de mayo de dos mil dieciocho (2018) por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Anserma – Caldas, que negó el amparo solicitado dentro de la acción de tutela formulada por la señora María Nidia Bustamante contra Cosmitet Ltda. – Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them & Cía., para en su lugar TUTELAR los derechos fundamentales de la accionante a la salud y la vida en condiciones dignas.

Segundo.- ORDENAR a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia Ltda – Cosmitet Ltda. que, dentro de los siguientes veinte (20) días hábiles contados a partir de la notificación de este fallo, autorice, programe y realice la cirugía ordenada por el médico tratante, consistente en una “RECONSTRUCCIÓN MAMARIA CON IMPLANTE DE BECKER DERECHO DE EXPANSIÓN DEL 50% DE 300 GMS TEXTURIZADO PEXIA MAMARIA Y REDUCCIÓN DE LA MAMA IZQUIERDA CON ENVÍO DE MATERIAL PARA ESTUDIO PATOLÓGICO”.

Tercero.- ORDENAR a la Corporación de Servicios Médicos Internacionales Them y Cia Ltda – Cosmitet Ltda. que, con posterioridad a la práctica de la cirugía, realice los controles postoperatorios que sean necesarios para garantizar la plena recuperación de la señora María Nidia Bustamante.

Tercero.- LIBRAR las comunicaciones -por la Secretaría General de la Corte Constitucional-, así como DISPONER las notificaciones a las partes a través del juez de tutela de instancia-, previstas en el artículo 36 del Decreto Ley 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

CRISTINA PARDO SCHLESINGER

Magistrada

JOSÉ FERNANDO REYES CUARTAS

Magistrado

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] Sala de Selección Número Ocho, conformada por los magistrados Carlos Bernal Pulido y Alejandro Linares Cantillo. Auto Sala de Selección del 30 de agosto de 2018, notificado el 13 de septiembre de 2018.

[2] Ver folio 23 del segundo cuaderno.

[3] Ver folios 15 y 23 del segundo cuaderno.

[4] Ver folios 70-73 del segundo cuaderno.

[5] Ver folio 33 del segundo cuaderno.

[6] Ver folio 33 del segundo cuaderno.

[7] Ver folio 34 del segundo cuaderno.

[8] Ver folio 36 del segundo cuaderno.

[9] Ver folios 70-71 del segundo cuaderno.

[10] Ver folio 65 del segundo cuaderno.

[11] Ver folio 65 del segundo cuaderno.

[12] Ver folio 65 del segundo cuaderno.

[13] Ver folio 65 del segundo cuaderno.

[15] Ver folio 76 del cuaderno principal.

[16] Ver folio 76 del cuaderno principal.

[17] Corte Constitucional, Sentencias T-121 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez; y C-313 de 2014, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[18] Ley 1751 de 2015, “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones.”

[19] Corte Constitucional Sentencia T-301 de 2016

[20] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquiera persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos. También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud. También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”

[21] Decreto 2591 de 1991: “Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior. Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.”

[22] Corte Constitucional, Sentencia T-712 de 2017, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

[23] Ver sentencias T-119 de 2015, T-250 de 2015, T-446 de 2015 y T-548 de 2015, y T-317 de 2015.

[24] Respecto del perjuicio irremediable, ha precisado ésta Corte que debe cumplir con los siguientes requisitos: “(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables.” Ver Sentencia T-896 de 2007, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[25] Ver, entre otras, las sentencias T-603 de 2015 y T-400 de 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz; T-450 de 2016, M.P. Jorge Ignacio Pretelt y T-707 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

[26] Corte Constitucional, Sentencias T-309 y T-253 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas; y T-2018 de 2018, M.P. Carlos Bernal Pulido.

[27] Corte Constitucional, Sentencia T-081 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[28] Corte Constitucional, Sentencia T-239 de 2015, M.P. Martha Victoria Sáchica Méndez.

[29] Constitución Política de 1991: “Artículo 48. La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley. Se garantiza a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la Seguridad Social. El Estado, con la participación de los particulares, ampliará progresivamente la cobertura de la Seguridad Social que comprenderá la prestación de los servicios en la forma que determine la Ley. La Seguridad Social podrá ser prestada por entidades públicas o privadas, de conformidad con la ley. No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella. La ley definirá los medios para que los recursos destinados a pensiones mantengan su poder adquisitivo constante. (...)”.”Artículo 49. Modificado por el Acto Legislativo 2 de 2009 artículo 1°. El cual quedará así: La atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud. Corresponde al Estado organizar, dirigir y reglamentar la prestación de servicios de salud a los habitantes y de saneamiento ambiental conforme a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad. También, establecer las políticas para la prestación de servicios de salud por entidades privadas, y ejercer su vigilancia y control. Así mismo, establecer las competencias de la

Nación, las entidades territoriales y los particulares y determinar los aportes a su cargo en los términos y condiciones señalados en la ley. Los servicios de salud se organizarán en forma descentralizada, por niveles de atención y con participación de la comunidad. La ley señalará los términos en los cuales la atención básica para todos los habitantes será gratuita y obligatoria. Toda persona tiene el deber de procurar el cuidado integral de su salud y de su comunidad. El porte y el consumo de sustancias estupefacientes o sicotrópicas está prohibido, salvo prescripción médica. Con fines preventivos y rehabilitadores la ley establecerá medidas y tratamientos administrativos de orden pedagógico, profiláctico o terapéutico para las personas que consuman dichas sustancias. El sometimiento a esas medidas y tratamientos requiere el consentimiento informado del adicto. Así mismo, el Estado dedicará especial atención al enfermo dependiente o adicto y a su familia para fortalecerla en valores y principios que contribuyan a prevenir comportamientos que afecten el cuidado integral de la salud de las personas y, por consiguiente, de la comunidad, y desarrollará en forma permanente campañas de prevención contra el consumo de drogas o sustancias estupefacientes y en favor de la recuperación de los adictos.”

[30] Corte Constitucional, Sentencia T-406 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

[31] Corte Constitucional, Sentencia T-227 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynnet.

[32] Corte Constitucional, Sentencia T-760 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda.

[33] Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Diciembre 16 de 1966. Ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968: “Artículo 12. 1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho, figurarán las necesarias para: a) La reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños; b) El mejoramiento en todos sus aspectos de la higiene del trabajo y del medio ambiente; c) La prevención y el tratamiento de las enfermedades epidémicas, endémicas, profesionales y de otra índole, y la lucha contra ellas; d) La creación de condiciones que aseguren a todos asistencia médica y servicios médicos en caso de enfermedad.” Éste artículo fue desarrollado en la Observación General No. 14 del Comité de

[34] Naciones Unidas, Comité de Derechos Sociales, Económicos y Culturales, Observación General No. 14, “El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (artículos 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales”, Noviembre de 2002. párrafo 1.

[35] *Ibídem*, párr. 9.

[36] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[38] Corte Constitucional, Sentencia T-920 de 2013, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[39] Ley 1751 de 2018, “Por Medio De La Cual Se Regula El Derecho Fundamental A La Salud Y Se Dictan Otras Disposiciones”: “Artículo 8°. La integralidad. Los servicios y tecnologías de salud deberán ser suministrados de manera completa para prevenir, paliar o curar la enfermedad, con independencia del origen de la enfermedad o condición de salud, del sistema de provisión, cubrimiento o financiación definido por el legislador. No podrá fragmentarse la responsabilidad en la prestación de un servicio de salud específico en desmedro de la salud del usuario. En los casos en los que exista duda sobre el alcance de un servicio o tecnología de salud cubierto por el Estado, se entenderá que este comprende todos los elementos esenciales para lograr su objetivo médico respecto de la necesidad específica de salud diagnosticada.”

[40] Corte Constitucional, Sentencia T-261 de 2017, M.P. Alberto Rojas Ríos.

[41] Corte Constitucional, Sentencia T-659 de 2003, M.P. Alfredo Beltrán Sierra; en el mismo sentido la sentencia T-630 de 2004, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[42] Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[43] Corte Constitucional, Sentencia T-307 de 2006, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; *ibídem* la sentencia T-381, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[44] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[45] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la

sentencia T-076 de 1999, M. P. Alejandro Martínez Caballero y T-956 de 2005, M. P. Alfredo Beltrán Sierra, entre muchas otras.

[46] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, exponiendo como ejemplo la sentencia T-572 de 1999, M. P. Fabio Morón Díaz.

[47] Corte Constitucional, sentencia T-038 de 2007, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[48] Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[49] Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”: “Artículo 3. Créase el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, como una cuenta especial de la Nación, con independencia patrimonial, contable y estadística, sin personería jurídica, cuyos recursos serán manejados por una entidad fiduciaria estatal o de economía mixta, en la cual el Estado tenga más del 90% del capital. Para tal efecto, el Gobierno Nacional suscribirá el correspondiente contrato de fiducia mercantil, que contendrá las estipulaciones necesarias para el debido cumplimiento de la presente Ley y fijará la Comisión que, en desarrollo del mismo, deberá cancelarse a la sociedad fiduciaria, la cual será una suma fija, o variable determinada con base en los costos administrativos que se generen. La celebración del contrato podrá ser delegada en el Ministro de Educación Nacional. El Fondo será dotado de mecanismos regionales que garanticen la prestación descentralizada de los servicios en cada entidad territorial sin afectar el principio de unidad.”

[50] Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”: “Artículo 4. El Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atenderá las prestaciones sociales de los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, siempre con observancia del Artículo 2o, y de los que se vinculen con posterioridad a ella. Serán automáticamente afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, los docentes nacionales y nacionalizados que se encuentren vinculados a la fecha de la promulgación de la presente Ley, quienes quedan eximidos del requisito económico de afiliación. Los requisitos formales que se exijan a éstos, para mejor administración del Fondo, no podrán imponer renunciaciones a riesgos ya asumidos por las entidades antecesoras, las cuales reconocerán su respectivo valor en los convenios interadministrativos. El personal que se vincule en adelante, deberá

cumplir todos los requisitos de afiliación de naturaleza formal o normativa y económica.”

[51] Ley 91 de 1989, “Por la cual se crea el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 7.

[52] Ley 100 de 1993, “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras”: “Artículo 279. Excepciones. El Sistema Integral de Seguridad Social contenido en la presente Ley no se aplica a (...) se exceptúa a los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, creado por la Ley 91 de 1989, cuyas prestaciones a cargo serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración. Este Fondo será responsable de la expedición y pago de bonos pensionales en favor de educadores que se retiren del servicio, de conformidad con la reglamentación que para el efecto se expida. (...)”.

[53] Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Considerando.

[54] Corte Constitucional, Sentencia T-515 de 2006, M.P. Rodrigo Escobar Gil y T-248 de 2016, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[55] Acuerdo 04 de 2004, “Por medio del cual se modifica el sistema de servicios médico-asistenciales a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, Artículo 1 numeral 4: “Aprobar el nuevo modelo de prestación de servicios de salud para el magisterio conforme a las siguientes características fundamentales: (...) Selección De Contratistas. El Consejo Directivo acordó que en cada región habrá más de un prestador de servicios, salvo que sólo se presente un proponente o los que se presenten no alcancen los requisitos mínimos. En cada región se contratará con las entidades que obtengan los mayores puntajes, previo el cumplimiento de unos requisitos y criterios que serán definidos en una próxima sesión del Consejo Directivo, con base en una evaluación técnica realizada por una entidad preferiblemente pública, distinta a la Fiduciaria. El número máximo de entidades con las que se contratará dependerá de la población; estos criterios serán definidos en una próxima sesión. La selección se realizará mediante el procedimiento de invitación pública previsto en la Ley 80 de 1993. En el proceso de selección se deberá aplicar el procedimiento establecido en la legislación vigente respecto de la recomendación de las entidades con las

que se contratará por parte de los Comités Regionales y del Consejo Directivo.”

[56] Fiduprevisora S.A., Manual del Usuario 2017-2021, Principios Fundamentales, pg. 3.

[57] Fiduprevisora S.A., Cartilla: Modelo Mejorado de Salud para el Magisterio, pg.17.

[58] Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 1.

[59] Fiduprevisora S.A., Anexo No. 01, Cobertura y Plan de Beneficios, pg. 2.

[60] Fiduprevisora S.A., “Acta de Audiencia Pública de Adjudicación Invitación Pública No. 002 de 2017”.

[61] Fiduprevisora S.A., “Acta de Audiencia Pública de Adjudicación Invitación Pública No. 002 de 2017”, Resuelve: “(...) 2. Adjudicar a la COSMITET LTDA. el Contrato que tendrá por Objeto “LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL PLAN DE ATENCIÓN INTEGRAL Y LA ATENCIÓN MÉDICA DERIVADA DE LOS RIESGOS LABORALES PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO EN EL TERRITORIO NACIONAL, ASUMIENDO Y GESTIONANDO EL RIESGO EN SALUD, OPERATIVO Y FINANCIERO QUE DEL CONTRATO SE DERIVE” para la Región 2 integrada por los Departamentos de Valle del Cauca y Cauca, por las razones contenidas en el informe de evaluación publicado el 17 de octubre de 2017, y recomendado por el Consejo Directivo del FOMAG el 25 de octubre de 2017, el cual hace parte integrante del presente acto. (...)7. Adjudicar a COSMITET LTDA. el Contrato que tendrá por Objeto “LA PRESTACIÓN DE LOS SERVICIOS DE SALUD DEL PLAN DE ATENCIÓN INTEGRAL Y LA ATENCIÓN MÉDICA DERIVADA DE LOS RIESGOS LABORALES PARA LOS AFILIADOS AL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO EN EL TERRITORIO NACIONAL, ASUMIENDO Y GESTIONANDO EL RIESGO EN SALUD, OPERATIVO Y FINANCIERO QUE DEL CONTRATO SE DERIVE” para la Región 9 integrada por los Departamentos de Caldas, Quindío y Risaralda, por las razones contenidas en el informe de evaluación publicado el 17 de octubre de 2017, y recomendado por el Consejo Directivo del FOMAG el 25 de octubre de 2017, el cual hace parte integrante del presente acto.”

[62] Ver Contrato No. 12076-009-2017, Cláusula Quinta, Obligaciones Generales del Contratista numeral 8 y Obligaciones Específicas del Contratista – Obligaciones del Sistema de Salud numerales 1, 3, 6 y 7; y Documento de Selección Definitivo de la Invitación Pública

002 de 2017, Capítulo 4.3.1 Obligaciones Generales del Contratista, numeral 8 y Capítulo 4.3.2 Obligaciones Específicas del Contratista – Obligaciones del Sistema de Salud, numerales 1, 3, 6 y 7.

[63] Dicha regla también se incluye en la lista de exclusiones establecida en los anexos del documento de selección definitiva (pliego de condiciones). Ver folio 34-37 del cuaderno principal.

[64] Es el Anexo vigente hoy en día, en el que se establece la prestación de servicios para el Plan de Salud del Magisterio, que hizo parte de la Invitación Pública No. 002 de 2017, a través de la cual se seleccionó a Cosmitet Ltda. como una de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud para los años 2017 a 2021.

[65] Fiduprevisora S.A., Anexo No. 03, Prestación de Servicios para el Plan de Salud del Magisterio, pg. 12.

[66] Corte Constitucional, Sentencia T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[67] Corte Constitucional, Sentencia T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

[68] Corte Constitucional, Sentencia T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[69] Corte Constitucional, Sentencias T-793 de 2010 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub; T-579 de 2017 y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger; y T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[70] Corte Constitucional, Sentencias T-623 de 2000, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz y T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla, reiterando la sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[71] Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla. Reiterada por la Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[72] Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2012, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[73] Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] Corte Constitucional, Sentencias T-860 de 2003, M.P. Eduardo Montealegre Lynett; T-531 de 2004, M.P. Jaime Araujo Rentería; T-913 de 2005, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-517 de 2008, M.P. Clara Inés Vargas Hernández; T-584 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-793 de 2010, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-826 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; T-134 de 2011, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-285 de 2011, M.P. Nilson Pinilla Pinilla; T-945 de 2011 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-152 de 2012, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva; T-375 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa; T-467 de 2012, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio; entre otras.

[75] Corte Constitucional, Sentencia T-1176 de 2008, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[76] Corte Constitucional, Sentencia T-381 de 2014, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[77] Corte Constitucional, Sentencias T-392 de 2009, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-579 de 2017, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.