

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE
BOGOTÁ D.C.**

ACCIÓN DE TUTELA

RADICADO: 11001-41-05-008-2023-00574-00

ACCIONANTE: CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES

**ACCIONADAS: UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ
I.P.S. DAVITA**

VINCULADA: FIDUPREVISORA S.A. en calidad de administradora de los recursos del
**FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO -
FOMAG**

SENTENCIA

En Bogotá D.C. a los diecinueve (19) días del mes de julio del año dos mil veintitrés (2023) procede este Despacho judicial a decidir la Acción de Tutela impetrada por el señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES**, quien pretende el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la vida, presuntamente vulnerados por la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y la **I.P.S. DAVITA**.

RESEÑA FÁCTICA

Manifiesta el accionante que fue diagnosticado con insuficiencia renal y que requiere tratamiento constante con diálisis.

Que la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** lo remitió a la **I.P.S. DAVITA** para que le fuera realizado el tratamiento de hemodiálisis, 3 sesiones semanales.

Que para asistir a las sesiones de hemodiálisis debe desplazarse desde la Vereda de Resguardo Sur, Sector Pajonal, del Municipio de Choachí – Cundinamarca, hasta la Carrera 13 con Calle 56 de Bogotá, en donde se encuentra el Centro Renal de la **I.P.S. DAVITA**.

Que en septiembre de 2022 solicitó a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** le fuera suministrado el servicio de transporte ida y regreso con un acompañante, pero en respuesta le fue informado que, debía aportar, entre otros, la orden emitida por el médico tratante y el cronograma de citas ambulatorias.

Que en varias oportunidades ha solicitado a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** la expedición de la orden médica, pero en respuesta le han informado que, debe ser emitida por la **I.P.S. DAVITA**.

Que ha solicitado a la **I.P.S. DAVITA** la orden médica, pero en respuesta le han informado que, no pueden emitirla por cuanto la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** *“es un régimen especial que no suministra transporte para pacientes en hemodiálisis”*.

Que está desempleado y sin ingresos, que para asistir a las sesiones de diálisis ha tenido que endeudarse y que en varias oportunidades no ha podido asistir, lo que pone en peligro su salud y su vida.

Por lo anterior, solicita el amparo de sus derechos fundamentales y, en consecuencia, se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y a la **I.P.S. DAVITA** (i) autorizar y prestar el servicio de transporte intermunicipal ida y regreso, suyo y de un acompañante, entre su lugar de residencia y la Unidad Renal de la I.P.S. Davita; (ii) autorizar y prestar el servicio de transporte para los servicios que sean autorizados por la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** por fuera de su domicilio y estén relacionados con el diagnóstico de enfermedad renal crónica y; (iii) reintegrar el valor de transporte pagado desde septiembre de 2022.

CONTESTACIÓN DE LA ACCIÓN DE TUTELA

I.P.S. DAVITA

La accionada allegó contestación el 11 de julio de 2023, en la que manifiesta que el paciente **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** tiene diagnóstico de enfermedad renal crónica en etapa 5.

Que se encuentra en terapia de hemodiálisis 3 veces por semana como soporte vital, la cual es realizada en su sede de Chapinero, ubicada en la Carrera 13 No. 56-23 de Bogotá.

Que ha prestado la atención en salud al paciente.

Que es la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** quien debe estudiar si es procedente o no el reconocimiento de las pretensiones del accionante para su tratamiento integral.

UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ

La accionada allegó contestación el 12 de julio de 2023, en la que manifiesta que el accionante pertenece al Régimen Especial del Magisterio, cuyos servicios de salud son definidos y autorizados por la **FIDUPREVISORA S.A.**

Que la **FIDUPREVISORA S.A.**, mediante proceso de licitación pública, les adjudicó el contrato No. 12076-013-2017 para la prestación de servicios en salud, por lo que todo servicio asistencial a partir de noviembre de 2017, es garantizado a través de la unión temporal.

Que la **FIDUPREVISORA S.A.** a través del Manual del Usuario 2017-2021, determinó cuáles son los servicios a los que pueden acceder sus afiliados.

Que los servicios que se autorizan y prestan son única y exclusivamente los que han sido contratados por la **FIDUPREVISORA S.A.** y que el servicio de transporte no se encuentra cubierto en el contrato.

Que no existe orden médica vigente, expedida por uno de los médicos tratantes adscritos a su Red de Servicios, que prescriba la necesidad del servicio de transporte en ambulancia, que sería el único caso en el que podría acceder a su solicitud.

Que ha prestado los servicios de salud requeridos por el accionante y autorizados conforme al plan de atención establecido por la **FIDUPREVISORA S.A.** para los docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y sus beneficiarios.

Por lo anterior, solicita se declare la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos fundamentales del accionante.

FIDUPREVISORA S.A.

La vinculada allegó contestación el 17 de julio de 2023, en la que manifiesta que, como Administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no tiene competencia para la prestación de servicios de salud, o administrar planes de beneficios.

Que no es la encargada de garantizar el servicio de asistencia en salud a los usuarios del régimen exceptuado y que la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** es quien debe realizar las gestiones correspondientes, conforme a su obligación contractual.

Por lo anterior, solicita su desvinculación de la acción de tutela.

CONSIDERACIONES

PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde al Despacho responder los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿Están dadas las condiciones para ordenar a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y/o la **I.P.S. DAVITA** y/o a la **FIDUPREVISORA S.A.**, autorizar y prestar el servicio de transporte intermunicipal, ida y regreso, del señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** y de un acompañante, entre su lugar de residencia en el Municipio de Choachí y la Unidad Renal de la I.P.S. Davita ubicada en la ciudad de Bogotá? y, (ii) ¿Es procedente la acción de tutela para ordenar a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y/o la **I.P.S. DAVITA** y/o a la **FIDUPREVISORA S.A.** reintegrar el valor del transporte pagado por el señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** desde septiembre de 2022?

MARCO NORMATIVO

Conforme el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela es un instrumento judicial de carácter constitucional, subsidiario, residual y autónomo, dirigido a facilitar y permitir el control de los actos u omisiones de todas las autoridades públicas y excepcionalmente de los particulares cuando éstos vulneren derechos fundamentales.

Esta acción constitucional puede ser interpuesta por cualquier persona, a fin de obtener la pronta y efectiva defensa de los derechos fundamentales cuando ello resulte urgente para evitar un perjuicio irremediable, o cuando no exista otro medio de defensa judicial.

DERECHO A LA SALUD

El artículo 48 de la Constitución Política consagra la seguridad social y la define en los siguientes términos: *“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”*.

Por su parte, el artículo 49, respecto del derecho a la salud, señala que: *“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 (...)”*.

Al estudiar los complejos problemas que plantean los requerimientos de atención en salud, la Corte Constitucional se ha referido a sus facetas, una como *derecho* y otra como *servicio público* a cargo del Estado¹. Cada una de estas expresiones implica un ejercicio de valoración particular, en el que se debe tener en cuenta el conjunto de principios que les son aplicables. Así, en cuanto a la salud como derecho, se ha dicho que la misma se relaciona con los mandatos de *continuidad, integralidad e igualdad*; mientras que, respecto a la salud como servicio, se ha advertido que su prestación debe atender a los principios de *eficiencia, universalidad y solidaridad*.

Al enfocarse en el estudio de la primera faceta, en la **Ley Estatutaria 1751 de 2015** el legislador le atribuyó a la salud el carácter de derecho fundamental autónomo e irrenunciable. De igual manera, estableció un precepto general de cobertura al indicar que su acceso debe ser oportuno, eficaz, de calidad y en condiciones de igualdad a todos los servicios, establecimientos y bienes que se requieran para garantizarlo, el cual se cumple mediante la instauración del denominado Sistema de Salud.

La Corte también ha destacado que el citado derecho se compone de unos elementos esenciales que delimitan su contenido dinámico, que fijan límites para su regulación y que le otorgan su razón de ser. Estos elementos se encuentran previstos en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2015, en los que se vincula su goce pleno y efectivo con el deber del Estado de garantizar su (i) disponibilidad, (ii) aceptabilidad, (iii) accesibilidad y (iv) calidad e idoneidad profesional.

Por otra parte, en lo que atañe a los principios que se vinculan con la faceta de la salud como servicio público, es preciso recurrir a lo previsto en el artículo 6 de la Ley 1751 de 2016, en donde se mencionan los siguientes: universalidad, equidad, continuidad,

¹ Sentencias T-134 de 2002 y T-544 de 2002.

oportunidad, progresividad, integralidad, sostenibilidad, libre elección, solidaridad, eficiencia, interculturalidad y protección de grupos poblacionales específicos.

EL TRANSPORTE COMO MECANISMO DE ACCESO A LOS SERVICIOS DE SALUD

La jurisprudencia constitucional en múltiples ocasiones ha recalcado la obligación del Estado y de las entidades encargadas de la prestación de servicios de salud, de remover las barreras tanto administrativas como económicas para acceder a los mismos. Así las cosas, ha establecido que, si bien los asegurados tienen responsabilidades económicas en relación con el Sistema, lo cierto es que éstas no pueden convertirse en un obstáculo para obtener los servicios requeridos para mantener o recuperar el bienestar físico y/o mental².

La Corte Constitucional ha considerado que el *servicio de transporte* es un mecanismo de acceso a los servicios de salud y, aunque no es una prestación médica como tal, en ocasiones puede constituirse en una barrera para materializar su prestación³. En ese orden, es considerado como un medio de acceso a la atención en salud que, de no garantizarse, puede vulnerar los derechos fundamentales al desconocer la faceta de *accesibilidad* al Sistema de Salud reconocida en el literal c) del artículo 6º de la Ley 1751 de 2015.

En la Sentencia **SU-508 de 2020**, la Corte estableció que, en tratándose del servicio de transporte *intermunicipal* para pacientes ambulatorios, éste se encuentra incluido en el Plan de Beneficios en Salud vigente en la actualidad y contenido en la Resolución 2808 de 2022 (artículo 108), de manera que, en estos eventos no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro del servicio. Así las cosas, si un paciente es remitido a una IPS ubicada en un municipio diferente a su domicilio, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, so pena de constituirse en una barrera de acceso a los servicios de salud.

En dicha providencia, además, se estableció que dicho servicio tampoco requiere prescripción médica atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema que implica: i) la prescripción determinado servicio de salud por parte del médico tratante, ii) la autorización por parte de la EPS, y iii) la prestación efectiva de la tecnología en salud.

Es decir, la prescripción de los servicios se efectúa por el médico tratante, pero hasta ese momento se desconoce el lugar donde se prestarán, pues ello se determina posteriormente cuando el usuario acude a solicitar la autorización del servicio y es allí donde la EPS, de

² Sentencia T-409 de 2019

³ Sentencias T-760 de 2008, T-519 de 2014 y SU-508 de 2020

conformidad con la red contratada, asigna una IPS que puede o no ubicarse en el lugar de domicilio del afiliado. Por lo tanto, es en esa oportunidad donde se tiene certeza de la identidad y ubicación del prestador y, por ende, donde surge la obligación de autorizar el transporte.

Por otro lado, en Sentencia **T-101 de 2021** la Corte estableció que el servicio de transporte y/o traslado para un acompañante debe ser costeadado por las E.P.S., cuando: *“(i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.”*

Finalmente, la Corte en la sentencia en mención precisó que, la carencia de recursos económicos para cubrir los gastos de transporte de un acompañante, deben ser constatados en el expediente. De este modo, cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho y que, en caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente, se entenderá probada.

COBERTURA DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DEL RÉGIMEN ESPECIAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD DEL MAGISTERIO⁴

La Corte Constitucional en Sentencia **T-705 de 2014** señaló que existen regímenes excluidos de la aplicación de la Ley 100 de 1993, como es el caso del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, para atender las prestaciones sociales de sus docentes afiliados.

Sobre la constitucionalidad de la exclusión dispuesta en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, la Corte se pronunció en la Sentencia C-461 de 1995, para concluir que, en materia de regímenes pensionales especiales, los mismos resultan conformes con la Constitución, en tanto ofrecen un nivel de protección igual o superior al régimen general, de forma que antes que propiciar un trato discriminatorio favorecen a los trabajadores a los que cubre.

Ahora bien, en materia de salud, la Corte indicó que, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio no cuentan con un catálogo de servicios mínimos a los que tengan derecho, pues ello es definido a través de los parámetros que fije el Consejo Directivo, de la situación de cada departamento, y de la oferta de servicios que exista en

⁴ Sentencia T-705 de 2014

cada región, atendiendo a lo pactado en el contrato que se suscriba con la respectiva empresa prestadora de servicios.

Debido a lo anterior, no es posible determinar qué servicios médico-asistenciales están cubiertos por este régimen; sin embargo, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, desarrolló la **Guía del Usuario 2017-2021** con el objeto de dar a conocer a sus afiliados sus derechos mínimos en cuanto a servicios de salud.

La Corte en reiterada jurisprudencia ha señalado que, en aquellos casos en que se excluya algún beneficio de los planes de cobertura de los regímenes exceptuados, como es el caso del Régimen Especial de Salud del Magisterio, resultan aplicables por analogía las mismas reglas que permiten el suministro de servicios de salud no incluidos en el PBS.

En la Sentencia T-680 de 2013 precisó que: *“Por otra parte, esta Corporación ha considerado que dichas reglas jurisprudenciales son aplicables a los regímenes de excepción contemplados en el Artículo 279 de la Ley 100 de 1993, entre los cuales, se encuentra el de “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio”, en la medida en que la Corte ha asimilado el POS, al Plan de Beneficios y Coberturas. En efecto, por vía analógica, la Corte ha sostenido que a los afiliados que pertenecen a los diversos regímenes exceptuados en materia de salud, habida cuenta que si requieren con necesidad un servicio y les es imposible costearlo directamente, es deber del prestador de salud extender excepcionalmente el plan de coberturas y beneficios en procura de garantizar el más alto nivel de salud y de calidad de vida que se le pueda prestar al afiliado o a sus beneficiarios.”*

En lo que respecta al **servicio de transporte**, concluyó la Corte que, dentro del Régimen de Salud del Magisterio, está incluido en el plan de beneficios cuando deba hacerse una remisión a otra ciudad, caso en el cual deberá ser suministrado en el medio más acorde con las necesidades del paciente.

Sin embargo, cuando se necesita el transporte de un acompañante, el servicio no está incluido en el plan de beneficios, por lo que, si se satisfacen las mismas reglas que se han expuesto para el otorgamiento de servicios NO PBS, dicho plan deberá extenderse, en procura de garantizar el nivel más alto posible de salud a sus afiliados y beneficiarios.

IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR REEMBOLSOS Y RECLAMAR GASTOS DE TRANSPORTE POR TRASLADO DE PACIENTE⁵

5 Sentencia T-655 de 2012

La Corte Constitucional en la Sentencia **T-104 de 2000** señaló: *“(…) En cuanto a la pretensión relacionada con el reembolso de dineros gastados (...), en repetidas oportunidades la jurisprudencia constitucional ha sostenido que, en casos como en el presente la tutela sólo procede cuando la acción u omisión de la entidad encargada de prestar el servicio público de salud, amenaza o vulnera derechos fundamentales, en manera alguna para definir obligaciones en dinero, cuyo pronunciamiento corresponde a la jurisdicción ordinaria. En consecuencia, no es posible obtener por vía de tutela el pago de dichas sumas, dado que existe un mecanismo alternativo de defensa judicial, al cual [se] deberá acudir (...) si considera que [se] tiene derecho a dicho reconocimiento (...)”.*

Igualmente, en la Sentencia **T-655 de 2012** la Corte indicó que la acción de tutela es improcedente para el reclamo de reembolsos a título de indemnización por servicios de salud asumidos por el paciente, por ser ésta una petición de carácter eminentemente económico que no avizora una vulneración a derecho fundamental alguno, más cuando existen otros medios ordinarios de defensa judicial para su reclamación.

En dicha providencia la Corte precisó: *“El propósito de la acción de tutela es la salvaguarda de los derechos fundamentales ante eventuales vulneraciones o amenazas ocasionadas por la acción u omisión de entidades, públicas o privadas, que tienen el deber constitucional y legal de prestar el servicio público de salud. Cuando la debida atención médica ya ha sido suministrada, garantizándose con ello la protección de los derechos en conflicto, en principio no es factible tutelar los derechos a la salud y a la seguridad social, en tanto que la petición se concreta en la reclamación de una suma de dinero. El camino constitucional y legal adecuado para tramitar este tipo de controversias es la jurisdicción ordinaria”.*

De igual manera, en la Sentencia **T-346 de 2010** la Corte estableció que: *“Por regla general, la acción de tutela es improcedente para obtener el reembolso de gastos médicos, toda vez que la presunta afectación o amenaza del derecho fundamental a la salud en la que pudo incurrir la entidad que tiene a su cargo la prestación de dicho servicio se entiende superada, aunado al hecho de la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para obtener el pago de estas sumas. Desde esta perspectiva, se entiende que el amparo de tutela es procedente, de manera excepcional, para obtener el reembolso del dinero pagado por servicios de salud no suministrados al paciente, (i) cuando la entidad que tiene a cargo dicha prestación se niega a proporcionarlo, sin justificación legal y (ii) existe orden del médico tratante que sugiere su suministro”.*

Para concluir, precisó que, a contrario sensu, si la Corte autorizara el pago de reembolsos por prestaciones económicas ya pagadas, la acción de tutela se desnaturalizaría, por cuanto

los ciudadanos disponen de otros mecanismos de defensa para solicitar el reintegro de los gastos en que incurrieron. Lo anterior, por cuanto la reclamación del reembolso puede ser ventilada ante la EPS en primera instancia, y posteriormente ante la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de seguridad social, toda vez que corresponde a un conflicto jurídico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social.

En síntesis, la finalidad de la acción de tutela es la protección de los derechos fundamentales, más no la creación de un procedimiento paralelo o complementario a los ya existentes en la legislación ordinaria. Por ello, la Corte ha reiterado que es improcedente solicitar por vía de tutela reembolsos de gastos sufragados por medicamentos, exámenes o procedimientos médicos.

CASO CONCRETO

El señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** interpone acción de tutela con el fin de que se amparen sus derechos fundamentales a la salud y a la vida, vulnerados por la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y por la **I.P.S. DAVITA**. Arguye que, no le ha sido prestado el servicio de transporte intermunicipal ida y regreso, suyo y de un acompañante, entre su lugar de residencia y la Unidad Renal de la **I.P.S. DAVITA**. y que, por tal motivo ha tenido que asumir el pago de tal concepto.

En ese orden, solicita se ordene a las accionadas: (i) autorizar y prestar el servicio de transporte intermunicipal ida y regreso, suyo y de un acompañante; (ii) autorizar y prestar el servicio de transporte, para todos los servicios que sean autorizados por fuera de su domicilio y que estén relacionados con el diagnóstico de enfermedad renal crónica y; (iii) reintegrar el valor del transporte que ha pagado desde septiembre de 2022.

Se encuentra probado con la documental obrante en el expediente, que el señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** registra estado activo y en calidad de cotizante en el régimen de excepción del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio **FOMAG**.

De cara a la solución de los problemas jurídicos planteados, se abordará cada una de las pretensiones del accionante, a efectos de establecer si se ha configurado alguna vulneración que deba ser amparada.

- i. Frente al suministro de transporte intermunicipal:

Solicita el accionante se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y a la **I.P.S. DAVITA** el suministro de transporte, suyo y de un acompañante, entre su lugar de residencia ubicado en la Vereda Resguardo, Sector el Pajonal, del municipio de Choachí – Cundinamarca, hasta la Unidad Renal Davita Chapinero en la ciudad de Bogotá, ida y vuelta.

La **I.P.S. DAVITA** al contestar la acción de tutela manifestó que, el paciente **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** tiene diagnóstico de enfermedad renal crónica en etapa 5, y que se encuentra en terapia de hemodiálisis 3 veces por semana como soporte vital, la cual es realizada en su sede de Chapinero, ubicada en la Carrera 13 No. 56-23 de Bogotá⁶.

La **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, en su contestación manifestó que, no es la encargada de garantizar el servicio de asistencia en salud a los usuarios del régimen de excepción y que es la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** quien debe realizar las gestiones correspondientes, conforme a su obligación contractual⁷.

Por su parte, la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, en su contestación manifestó que, los servicios que presta son únicamente los que han sido contratados y autorizados en la guía de atención al usuario por la **FIDUPREVISORA S.A.**; que el servicio de transporte no se encuentra cubierto dentro del contrato; y, que no existe orden médica vigente, expedida por uno de los médicos adscritos a su Red de Servicios, que prescriba la necesidad del servicio de transporte en ambulancia, único caso en el que sería viable la solicitud⁸.

Pues bien, frente a la manifestación realizada por la **FIDUPREVISORA S.A.**, de que la responsabilidad recae únicamente en la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, debe indicarse que no le asiste razón.

Al respecto, la Corte Constitucional en la Sentencia **T-050 de 2023**, al analizar un caso similar manifestó que: *“El Estado y la Fiduprevisora S.A tienen la obligación legal y constitucional de suministrar estos insumos a los pacientes que los requieran con cargo a los recursos públicos del SGSSS y del FOMAG, respectivamente”* y agregó:

“Primero. La Fiduprevisora S.A, como administradora del FOMAG, tiene la obligación constitucional y legal de actualizar las coberturas del Plan Integral en Salud conforme al PBS. La Constitución y la ley prohíben que servicios y tecnologías en salud que formen parte del PBS, bien explícita o implícitamente, sean excluidos de cobertura en el régimen del Magisterio. La Fiduprevisora S.A incumplió esta obligación, porque para la

⁶ Página 03 del archivo pdf 11ContestaciónDavita

⁷ Páginas 04 a 05 del archivo pdf 18ContestaciónFiduprevisora

⁸ Páginas 02 a 03 del archivo pdf 12ContestaciónServiSalud

fecha de interposición de la tutela, el “Anexo No. 01 Cobertura y Plan de Beneficios” del Plan Integral de Salud preveía que los pañales se encontraban excluidos. Esta exclusión se replicó en el contrato No. 12076-006-2017 suscrito con COSMITET.

Segundo. COSMITET negó el suministro de los pañales con fundamento en que estos insumos se encuentran expresamente excluidos de las coberturas del Plan Integral en Salud del Magisterio. Esta negativa ignoró que la Constitución y la ley prohíben que el régimen especial de seguridad social en salud del Magisterio excluya de cobertura aquellos servicios y tecnologías en salud que, como los pañales, están implícitamente incluidos en el PBS. Lo anterior, a menos de que prevea un insumo que cumpla la misma función y no desmejore la atención en salud. Esto es así, habida cuenta de que el PBS es un piso de protección social que prevé los servicios y tecnologías en salud mínimos a los que tienen derecho todas las personas.

Ahora bien, la Sala reconoce que el contrato No. 12076-006-2017 suscrito entre COSMITET y la Fiduprevisora S.A dispone que COSMITET está obligada a suministrar los servicios y tecnologías en salud que, conforme al Plan Integral en Salud, se encuentren cubiertos. En criterio de la Sala, sin embargo, estas disposiciones contractuales no justifican la negativa al suministro por parte de la IPS. Esto así, porque el cumplimiento de una obligación contractual no excusa el incumplimiento de una obligación de rango constitucional y legal. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de interpretación conforme exige a las IPS inaplicar las disposiciones contractuales que, de forma abierta y manifiesta, contraríen la ley y los derechos fundamentales de los usuarios, afiliados y beneficiarios.”

De acuerdo con el precedente jurisprudencial, la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FOMAG** y la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** son quienes en conjunto deben velar por la protección del derecho a la salud de sus afiliados.

En cuanto a la manifestación realizada por la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ**, debe indicarse que, el Despacho procedió de oficio a consultar el Manual del Usuario 2017-2021⁹, en donde se puede observar que, en efecto, en el numeral “10 TRASLADOS” se informa que: “El contratista no asumirá los costos de traslados de pacientes en el caso de requerir servicios ambulatorios en los siguientes casos, salvo que el médico señale la necesidad de transporte en ambulancia dentro del municipio de origen.”

Si bien el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 establece que el Sistema Integral de Seguridad Social cuenta con unos regímenes de carácter especial, entre ellos el de “los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio” y cuyos titulares están excluidos de la aplicación del régimen general, lo cierto es que la Corte Constitucional, en la Sentencia **T-177 de 2017**, fue enfática en señalar que:

“(…) si bien es cierto que los docentes cuentan con un régimen especial de seguridad social, igualmente lo es que no por ello pueden sustraerse a la aplicación de los principios y valores que en materia de salud se establecen, pues tal como lo señaló esta

⁹ Consultado en: https://www.servisalud.com.co/pdf/Manual_del_Usuario_FOMAG.pdf

Corte en Sentencia T-1028 de 2006, el carácter excepcional del régimen de seguridad social no implica, en manera alguna, que los principios generales de la seguridad social queden por fuera de su regulación.”

En ese sentido, la Corte Constitucional aclaró que, el carácter excepcional del régimen del Magisterio no puede desconocer los principios generales de la seguridad social, ni los principios y valores que en materia de salud se establecen en la Constitución Política.

Ahora bien, en lo que respecta a la exclusión del servicio de transporte contenida en el numeral 10 del Manual del Usuario 2017-2021, la Corte Constitucional ha señalado que los procedimientos y medicamentos expresamente excluidos de un plan de beneficios, deben ser suministrados a los pacientes cuando su prestación amenace derechos fundamentales como la salud, la vida, la integridad personal y la dignidad humana. En la Sentencia **T-248 de 2016**, precisó lo siguiente:

“Esta Corporación ha determinado que, aun cuando los regímenes especiales tienen la facultad de establecer autónomamente los servicios de los cuales son beneficiarios sus afiliados “no lo[s] hace ajeno[s] a los principios y valores que en materia de salud establece la Constitución Política”. De acuerdo con ello, esta Corte ha garantizado el derecho a la salud de los beneficiarios a los que, con argumento en las exclusiones de los planes, se les niega la atención de ciertas enfermedades o condiciones que requieren una intervención enunciada en ese capítulo. En este sentido, se adoptó la línea jurisprudencial relativa a la inaplicación del régimen de exclusión de Plan Obligatorio de Salud del régimen de Seguridad Social en Salud.”

En el mismo sentido, en la Sentencia **T-245 de 2020**, la Corte indicó que:

“La jurisprudencia constitucional ha considerado que para los casos del régimen especial del Magisterio es posible aplicar reglas similares a las que se han establecido para el SGSSS. En el caso de las exclusiones que prevé el régimen especial del Magisterio, esta Corte ha aplicado las mismas reglas jurisprudenciales que se han desarrollado en el sistema general, con el fin de definir los casos en los que es posible inaplicar la regla de la exclusión.”

Por lo tanto y, de acuerdo con el precedente jurisprudencial, las personas vinculadas al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, tienen derecho a acceder a los servicios médicos que requieran, aun cuando no hagan parte de la cobertura del régimen especial.

Retomando el caso concreto y de conformidad con el marco normativo de esta providencia, existe una modalidad de transporte denominada “*intermunicipal*”, la cual se encuentra incluida en el Plan de Beneficios en Salud vigente y procede en el evento en que la EPS remite al usuario para la práctica de un procedimiento o para la prestación de un servicio médico a una IPS que se encuentra ubicada en un lugar diferente al de su domicilio.

En este caso no es exigible el requisito de capacidad económica para autorizar el suministro de los gastos de transporte, debido a que es financiado por el sistema; y tampoco se requiere de orden médica para su procedencia pues, atendiendo a la dinámica de funcionamiento del sistema, es obligación de la EPS autorizarlo cuando dirige el servicio a una IPS ubicada en una ciudad distinta del domicilio del paciente¹⁰.

Al analizar los anteriores requisitos en el caso en concreto, observa el Despacho que todos se cumplen, por cuanto se encuentra probado que el domicilio del accionante está ubicado en el municipio de Choachí – Cundinamarca, y que el lugar donde le es realizado el tratamiento de hemodiálisis está ubicado en la ciudad de Bogotá.

En efecto, como soporte probatorio el accionante allegó una copia de la historia clínica y una certificación emitida por la **I.P.S. DAVITA**, en donde se informa lo siguiente¹¹:

*“DAVITA
A QUIEN CORRESPONDA
CERTIFICO*

Que el paciente CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES con cedula de ciudadanía número 2999629 quien tiene Enfermedad Renal Crónica Terminal se encuentra en programa de hemodiálisis de forma permanente e indefinida como soporte vital en la UNIDAD RENAL DAVITA CHAPINERO ubicada en la carrera 13#56-23. El paciente debe asistir tres (3) veces en la semana en el horario de martes, jueves y sábado a las 11:00 am hasta las 4:30 pm.

El paciente debe asistir en los días y horarios asignados por la unidad y por su condición clínica requiere de acompañamiento permanente, además de cumplir citas e interconsultas ordenadas por su médico tratante y bajo ningún punto de vista puede dejar de dializarse ya que de esta depende su bienestar y su vida misma.”

Igualmente, aportó un documento emitido por la Junta de Acción Comunal de la Vereda de Río Blanco, Municipio Choachí – Cundinamarca, en la cual se certifica lo siguiente¹²:

“A través de la presente la suscrita presidente de la Junta de Acción Comunal de la vereda de Rioblanco Municipio de Choachí, certifico que el señor CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES identificado con Cedula de Ciudadanía Numero 2.999.629 nació y vivió por largo tiempo en la vereda de Rioblanco, y en la actualidad reside en la vereda Resguardo sector el pajonal, municipio de Choachí, Cundinamarca.”

Así las cosas, se cumplen todas las condiciones establecidas por la jurisprudencia para el reconocimiento del servicio de transporte en la modalidad *intermunicipal*, razón por la cual se ordenará a la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG** y a la

¹⁰ Sentencia SU-508 de 2020

¹¹ Página 06 del archivo pdf 11ContestaciónDavita y página 5 del archivo pdf 10AtiendeRequerimiento

¹² Página 02 del archivo pdf 17CertificadoResidencia

UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ que autoricen y suministren el servicio de transporte intermunicipal, ida y vuelta, del señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES**, entre su lugar de residencia ubicado en la Vereda Resguardo, Sector el Pajonal, del municipio de Choachí – Cundinamarca, hasta la Unidad Renal Davita Chapinero ubicada en la Carrera 13 #56-23 en la ciudad de Bogotá, para su tratamiento de hemodiálisis.

ii. Frente a la solicitud de suministro de transporte del acompañante:

En lo que respecta al **servicio de transporte del acompañante**, la Corte Constitucional en la Sentencia **T-101 de 2021**, precisó que los gastos de traslado deben ser asumidos por la E.P.S. cuando *“(i) se constate que el usuario es “totalmente dependiente de un tercero para su desplazamiento”; (ii) requiere de atención “permanente” para garantizar su integridad física y el ejercicio adecuado de sus labores cotidianas; y (iii) ni él ni su núcleo familiar tengan la capacidad económica para asumir los costos y financiar su traslado.”* Igualmente, en dicha providencia la Corte precisó que *“cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho (y que) en caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente, se entenderá probada.”*

Sobre el particular, debe indicarse, en primer lugar, que se encuentra probado que el señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** requiere de un tercero para movilizarse debido a la naturaleza del tratamiento médico que implica su enfermedad renal¹³. En efecto, sobre el tratamiento de hemodiálisis, la Corte Constitucional en Sentencia **T-032 de 2018**, al estudiar un caso similar, se pronunció en los siguientes términos:

“conforme a lo señalado en precedencia la terapia de hemodiálisis comprende un proceso simultáneo en el que por un lado, a través de un acceso vascular se extrae parte de la sangre, que es llevada a una máquina y pasada por un filtro y unas soluciones dializantes para limpiarla de las toxinas y al mismo tiempo, por otro acceso vascular se instila, la sangre ya libre de toxinas, todo esto genera en el paciente pos diálisis una “depleción” (sic) (pérdida) transitoria de volumen plasmático, lo que provoca inestabilidad hemodinámica que puede dar origen a complicaciones durante la terapia.

Aunado a lo anterior, la extracción de parte del líquido que como resultado del daño renal que padece, el cuerpo no es capaz de expulsar; ésta pérdida rápida de volumen plasmático genera cambios en la tensión arterial que producen hipertensión, hipotensión, taquicardia, mareo, ortostatismo”.

En segundo lugar, en la certificación emitida por la **I.P.S. DAVITA** el 10 de julio de 2023, se indicó que *“el paciente debe asistir en los días y horarios asignados por la unidad y por su condición clínica requiere de acompañamiento permanente”*¹⁴.

¹³ Páginas 6 y s.s. del archivo pdf 11ContestaciónDavita

¹⁴ Página 5 del archivo pdf 10AtiendeRequerimiento

Y, en tercer lugar, no se desvirtuaron las afirmaciones del accionante relativas a su falta de capacidad económica para sufragar los gastos de transporte de su acompañante. Estas aseveraciones, al no haber sido desvirtuadas, gozan de la presunción de veracidad, por lo tanto, se tienen por ciertas.

Así las cosas, como en el presente asunto se cumplen las condiciones establecidas por la Jurisprudencia para el reconocimiento del servicio de transporte del acompañante, se ordenará a la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG** y la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** que autoricen el servicio de transporte intermunicipal del accionante junto con un acompañante.

iii. Frente a la solicitud de suministro de transporte para otros servicios que sean autorizados:

El accionante solicita se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y a la **I.P.S. DAVITA** *“autorizar y prestar el servicio de transporte en aquellos servicios que sean autorizados (...) por fuera de su domicilio y estén relacionados con el diagnóstico de enfermedad renal crónica.”*

Sobre este punto, la Corte Constitucional ha señalado que el juez de tutela debe ordenar el suministro de todos los servicios médicos que sean necesarios para conservar o restablecer la salud del paciente, cuando la entidad encargada de ello no ha actuado con diligencia y ha puesto en riesgo los derechos fundamentales del paciente¹⁵, siempre y cuando exista claridad sobre el tratamiento a seguir, a partir de lo dispuesto por el médico tratante.

Lo anterior ocurre, por una parte, porque no es posible para el juez decretar un mandato futuro e incierto, pues los fallos judiciales deben ser determinables e individualizables; y por la otra, porque en caso de no puntualizarse la orden de transporte, se estaría presumiendo la mala fe de la EPS, en relación con el cumplimiento de sus deberes y obligaciones para con sus afiliados, en contravía del mandato previsto en el artículo 83 de la Constitución Política¹⁶.

En el caso concreto, ni de las pruebas obrantes en el expediente, ni de lo dicho por las partes, se advierte que exista una negación a consultas, procedimientos o medicamentos diferentes de los ya analizados, por lo que no es posible conceder el amparo y ordenar la

¹⁵ Sentencias T-702 de 2007 y T-727 de 2011.

¹⁶ Sentencia T-092 de 2018.

prestación de un servicio médico a partir de suposiciones sobre hechos futuros o con el fin de precaver hipotéticas vulneraciones a los derechos fundamentales del accionante.

iv. Frente a la solicitud de devolución de los dineros pagados por el accionante por concepto de transporte:

El accionante solicita se ordene a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** devolver el valor de los gastos de transporte que él asumió para asistir al tratamiento de hemodiálisis desde el mes de septiembre de 2022. Sin embargo, desde ya debe indicarse que la acción de tutela es **improcedente** para ordenar la devolución de gastos médicos.

En efecto, se trata de un conflicto económico entre un afiliado y una entidad administradora de seguridad social, cuya competencia es de la jurisdicción ordinaria laboral, tal como se desprende del numeral 4° del artículo 2° del C.P.T., modificado por el artículo 2° de la Ley 712 de 2001.

Por lo tanto, si el accionante considera que no debió asumir el valor del transporte para acceder al servicio de salud, debe acudir al Juez Laboral para la resolución del conflicto, toda vez que prescindir de la jurisdicción ordinaria comportaría la desnaturalización de la acción de tutela como un mecanismo subsidiario y lo convertiría en principal.

Ahora, frente a la idoneidad y a la eficacia del mecanismo ordinario, éstas no pueden estar supeditadas a la voluntad del interesado de ejercer o no su derecho de acción, sino a la efectiva demostración de que el mecanismo ordinario ha sido agotado y pese a ello persiste la vulneración. En ese mismo sentido, la Corte Constitucional ha dicho que, un proceso laboral es idóneo para proteger los derechos fundamentales que eventualmente podrían estar en juego, pues su objetivo es solucionar esa clase de conflictos, contando con mecanismos de recaudo de pruebas que permiten resolver la discusión y adoptar las medidas que sean necesarias para la protección de los derechos afectados.

De este modo, ante la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, la acción de tutela tan solo podría llegar a ser procedente como *mecanismo transitorio* en caso de que se comprobara que el accionante se encuentra sometido a la posible materialización de un *perjuicio irremediable*.

Sin embargo, en este caso no hay prueba alguna de la afectación inminente, urgente, grave e impostergable de los derechos del accionante, pues nótese que ni siquiera manifestó que se encontrara en un estado de debilidad manifiesta, o que su mínimo vital o el de su núcleo

familiar se viera afectado por la erogación de los gastos que asumió en el transporte intermunicipal para asistir a su tratamiento de hemodiálisis.

En este punto cabe destacar que, según ha sostenido la jurisprudencia constitucional¹⁷, pese a la informalidad de la acción de tutela, para su procedencia es imperativo que el perjuicio alegado sea real y cierto, y que, además, se encuentre probado, pues no es suficiente con la afirmación de su hipotético acaecimiento, sino que está en cabeza del actor explicar en qué consiste el perjuicio y aportar “*mínimos elementos de juicio que le permitan al juez de tutela verificar (su) existencia*”.

Por lo tanto, la discusión frente a la devolución de los valores asumidos por concepto de transporte intermunicipal, no puede ser ventilada por esta especial y excepcional vía, pues no existen argumentos para sostener que el accionante no pueda acudir al proceso ordinario laboral y esperar los resultados del mismo.

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO OCTAVO DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida de **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES**, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la **FIDUPREVISORA S.A.** en calidad de administradora de los recursos del **FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO – FOMAG**, y a la **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** que, en el término de 48 horas siguientes a la notificación de esta providencia, autoricen y suministren el servicio de transporte intermunicipal, ida y vuelta, al señor **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** y a un acompañante, entre su lugar de residencia ubicado en la Vereda Resguardo, Sector el Pajonal, del municipio de Choachí – Cundinamarca, hasta la Unidad Renal Davita Chapinero ubicada en la Carrera 13 No. 56-23 de la ciudad de Bogotá, para su tratamiento de hemodiálisis.

TERCERO: DECLARAR IMPROCEDENTE la acción de tutela de **CARLOS ALFREDO BAQUERO TORRES** en contra de **UNIÓN TEMPORAL SERVISALUD SAN JOSÉ** y de **I.P.S.**

17 Sentencias T-702 de 2008 y T-381 de 2017.

DAVITA, y en donde fue vinculada la **FIDUPREVISORA S.A.**, frente a las restantes pretensiones, por las razones expuestas en esta providencia.

CUARTO: Notifíquese a las partes por el medio más eficaz y expedito, advirtiéndoles que cuentan con el término de tres (3) días hábiles para impugnar esta providencia, contados a partir del día siguiente de su notificación.

Por motivos de salud pública, y en acatamiento de las medidas adoptadas por el Consejo Superior de la Judicatura para evitar la propagación del coronavirus Covid-19, la impugnación deberá ser remitida al email: j08lpcbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

QUINTO: En caso que la presente sentencia no sea impugnada, por Secretaría remítase el expediente a la Corte Constitucional para que surta el trámite eventual de revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


DIANA FERNANDA ERASSO FUERTES
JUEZ