



Rama Judicial

República de Colombia

JUZGADO SÉPTIMO ADMINISTRATIVO DE ORALIDAD DEL CIRCUITO DE IBAGUÉ (TOLIMA)

Ibagué, veinte (20) de febrero de dos mil veintitrés (2023)

RADICACIÓN: 73001-33-33-007-2023-00036-00

ACCIÓN: TUTELA

ACCIONANTE: JORGE HERNÁNDEZ LOZANO.

ACCIONADOS: CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA, UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA y FIDUPREVISORA S.A.

SENTENCIA

Sin que se avizore circunstancia alguna que invalide lo actuado, procede el Despacho a dictar pronunciamiento de fondo que en derecho corresponde, dentro de la presente Acción Constitucional de Tutela formulada por el señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO** identificado con la C.C. No. 16.640.776 de Cali, contra **CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA, UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA y FIDUPREVISORA S.A.**, siendo vinculado de oficio el **MUNICIPIO DE IBAGUÉ - DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DEL SISBEN y SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE IBAGUÉ.**

I. ANTECEDENTES

El señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO** identificado con la C.C. No. 16.640.776 de Cali, formuló acción de tutela con el fin de obtener la protección de sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana y debido proceso, con fundamento en las siguientes premisas fácticas:

- 1.1. Sostiene tener 66 años de edad, presentar hipertensión arterial (primaria), disnea secundaria a procedimiento de bulectomía, disnea de grandes esfuerzos, hiperplasia de próstata, artrosis cervical y sacro lumbar, neumotórax, enfermedad pulmonar, hernias de columna lumbar, neuropatía por discopatía y artrosis cervical.
- 1.2. Refiere que en virtud al neumotórax que presenta, ha recibido atenciones en las clínicas Keralty y Tolima, encontrándose a la fecha en proceso de recuperación.
- 1.3. Que ha estado afiliado a la EPS TOLIHUILA – EMCOSALUD, en calidad de beneficiario de la señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, con quien se casó desde el 10 de noviembre de 1983, de conformidad con el registro civil de matrimonio No. 05312932.
- 1.4. Actualmente registra retirado de la EPS TOLIHUILA - EMCOSALUD, toda vez que su esposa ha solicitado su retiro sin documento que respalde divorcio o acuerdo entre las partes para terminar el vínculo matrimonial, por lo que, la desvinculación realizada por la EPS se realizó sin la debida notificación o aprobación de su parte, aunado que, su esposa ha faltado al deber de socorro contemplado en el Código Civil.
- 1.5. Que, en virtud a su condición de salud, no le es posible trabajar y tampoco cuenta con un ingreso fijo para sus gastos y supervivencia, pues no ha logrado acceder a su derecho de pensión debido a las semanas faltantes en el registro y agrega que, al no encontrarse afiliado al Sisbén, tampoco puede acceder al sistema de salud, a través del régimen subsidiado.
- 1.6. Que actualmente la EPS le niega la entrega de medicamentos que requiere de manera diaria y con ocasión al procedimiento que le fue realizado el 07 de diciembre de 2022, y, pese a haber radicado petición ante esa entidad el 23 de enero de 2023, a fin de obtener la continuar con el vínculo y activación del servicio, no ha recibido respuesta.

II. PRETENSIONES

Dentro del escrito introductorio, se plantean como pretensiones las siguientes:

“PRIMERO: Tutelar de manera integral los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, seguridad social, dignidad humana y derecho al debido proceso, de tal forma que se ordene a la EPS Tolihuilu – EMCOSALUD y a Carmen Rosa Lozano Villarraga para que se active en el sistema de afiliación como beneficiario y preste el servicio de salud de forma óptima y suficiente, considerando mi estado de salud.

SEGUNDO: Ordenar a EPS Tolihuilu – EMCOSALUD para que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la providencia que se profiera, active como **medida provisional** la afiliación al sistema de salud y se garantice la prestación al servicio de salud mientras se define el fallo de esta acción de tutela.

TERCERO: De manera subsidiaria: Que si el Juez Constitucional decide mantener en firme la desvinculación en mi calidad como beneficiario, se proceda a incluirme en el régimen de salud subsidiado en un plazo de 48 horas; con el fin de mantener el acceso a la salud, sin tener que esperar al registro, expedición y proceso de vinculación por parte del SISBEN.”

III. PRUEBAS

Junto con su escrito de tutela, la parte accionante aportó el siguiente material probatorio:

- 3.1. Copia de la cédula de ciudadanía del actor¹.
- 3.2. Escritura pública No. 3.805 de fecha 13 de diciembre de 1983 expedida por la Notaria Segunda del Círculo de Ibagué, y a través de la cual se protocoliza matrimonio civil entre los señores Carmen Rosa Lozano Villarraga y Jorge Hernández Lozano².
- 3.3. Registro Civil de Matrimonio con indicativo serial No. 05312932, expedido por la Notaria Sexta del Círculo de Ibagué³.
- 3.4. Captura de pantalla tomada de la página web de Tolihuilu y a través de la cual se denota que el señor Jorge Hernández Lozano registra con estado de afiliación “retirado”⁴.
- 3.5. Consulta realizada en la página web de la ADRES, por medio de la cual se denota que el señor Jorge Hernández Lozano registra desafiado de EPS SALUDCOOP desde el 25/10/2012⁵.
- 3.6. Copia de atención recibida en el servicio de hospitalización de la IPS SHARON el día 23/11/2022, por parte de la UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA⁶.
- 3.7. Copia de atención recibida en el servicio de hospitalización de la IPS CLÍNICA TOLIMA el día 03/12/2022, por parte de la UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA⁷.
- 3.8. Copia resultado de radiografía y tac de tórax⁸, así como estudio patológico⁹.
- 3.9. Copia incapacidades generada por EMCOSALUD¹⁰ y clínica Tolima¹¹.
- 3.10. Copia autorización de servicios No. 2022260000 de fecha 03/12/2022 para el servicio de hospitalización, expedida por Tolihuilu¹².

IV. TRÁMITE PROCESAL

¹ Folio 13 y 14 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

² Folio 16 al 18 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³ Folio 19 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁴ Folio 21 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁵ Folio 23 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁶ Folios 26, 36 y 37 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁷ Folio 27 y 28 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁸ Folios 29 y 30 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

⁹ Folio 35 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹⁰ Folio 32 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹¹ Folio 40 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

¹² Folio 43 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

Presentada y repartida la presente acción de tutela, con auto del 07 de febrero de 2023¹³ se dispuso su admisión en contra de la señora **CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA**, la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA** y **FIDUPREVISORA S.A.** vinculándose de oficio al **MUNICIPIO DE IBAGUÉ - DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DEL SISBEN**, a quienes se les corrió traslado por el término de dos (02) días para que contestaran la demanda, solicitaran y aportaran las pruebas que pretendieran hacer valer.

Así mismo, mediante proveído de fecha 15 de febrero de 2023¹⁴ el Despacho dispuso vincular al contradictorio a la **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE IBAGUÉ**, corriéndosele traslado por el término de veinticuatro (24) horas para que se pronunciara frente a la acción incoada, solicitara y aportara las pruebas que pretendiera hacer valer.

Surtido el término de traslado para contestar, se tiene que el **MUNICIPIO DE IBAGUÉ - DIRECCIÓN DE ADMINISTRACIÓN DEL SISBEN** y **SECRETARÍA DE SALUD MUNICIPAL DE IBAGUÉ**, guardó silencio, mientras que la **FIDUPREVISORA S.A.**, la señora **CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA**, y la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA**, se pronunciaron en los siguientes términos:

4.1. FIDUPREVISORA S.A., EN CALIDAD DE VOCERA Y ADMINISTRADORA DEL FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO¹⁵:

La coordinadora de Tutelas de la Fiduprevisora S.A., señaló que al consultar el aplicativo interinstitucional HOSVITAL, registra el señor Jorge Hernández Lozano CC 16640776 se encuentra en estado retirado del régimen de excepción de asistencia en salud, de acuerdo a la novedad reportada por la entidad territorial.

En tal sentido, sostiene que no podría reactivar o afiliar al beneficiario que no figure con novedad de vinculación por parte de la entidad territorial, toda vez que incurriría en un detrimento patrimonial al afiliar a una persona al fondo sin el cumplimiento de los requisitos legales, causándose una lesión al patrimonio público, *“representada en el menoscabo, disminución, perjuicio, detrimento, pérdida o deterioro de los bienes o recursos públicos o de los intereses patrimoniales del Estado”*.

Por lo anterior, esboza que el accionante no puede acceder a los servicios médicos del fondo, a través de las uniones temporales, debido a la condición de retirado que presenta, aunado que la Fiduprevisora tampoco puede proporcionar recursos para la prestación de dichos servicios, por cuanto estaría incurriendo en el punible tipificado en el art. 399 del Código Penal, relacionado con la indebida destinación de recursos.

Refiere que, si el actor no cuenta con recursos suficientes para afiliarse al régimen contributivo, puede hacerlo en el régimen subsidiado, y de esta forma acceder a la atención médica que presuntamente requiere.

Arguye que, al disponerse la activación del accionante en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, no solo podría afectarse el erario, sino también se configuraría una orden compleja, por lo que nadie está obligado a lo que se configuraría imposible y por tanto, solicita declarar la inexistencia de la vulneración de los derechos fundamentales invocados, declarar improcedente la presente acción y desvinculación de la entidad que representa.

Para soportar lo anterior, se allegó el siguiente material probatorio:

- 4.1.1.** Copia acta de conformación UT Tolihuilu¹⁶.
- 4.1.2.** Certificado de afiliación y/o desafiliación, expedido por la Fiduprevisora¹⁷.
- 4.1.3.** Email generado por UT Tolihuilu.
- 4.1.4.** Copia solicitud de desafiliación suscrita por la señora Carmen Rosa Lozano¹⁸.
- 4.1.5.** Copia formato integrado de afiliación y novedades, diligenciado por la señora Carmen Rosa Lozano¹⁹.

¹³ Archivo "008AutoAdmisorio" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁴ Archivo "019AutoOrdenaVincular" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁵ Archivo "011ContestacionFiduprevisora" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁶ Archivo "ACTA DE CONFORMACION UT TOLIHUILA" ubicado en la subcarpeta "022AnexosContestacionTutela" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁷ Archivo "Certificado RETIRO Fiduprevisora 2B7ACDEB-80E0-43C1-9937-66B1E5256DB7 16640776" ubicado en la subcarpeta "022AnexosContestacionTutela" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁸ Folio 1 del archivo "FUA Y CARTA DE RETIRO 16640776" ubicado en la subcarpeta "022AnexosContestacionTutela" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

¹⁹ Folio 2 y 3 del archivo "FUA Y CARTA DE RETIRO 16640776" ubicado en la subcarpeta "022AnexosContestacionTutela" de la carpeta "001CuadernoPrincipal" del expediente digital.

- 4.1.6. Copia cédula ciudadanía señor Jorge Hernández Lozano²⁰.
- 4.1.7. Imágenes que denotan el estado de afiliación del accionante²¹.
- 4.1.8. Captura de pantalla de mensaje de datos remitido por TolihUILA a la señora Carmen Lozano, el cual denota envío de constancia de retiro del señor Jorge Hernández, por no convivencia²².

4.2. CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA²³.

Al pronunciarse sobre los hechos, sostuvo ser cierto que en el año 1983 se casó con el accionante, sin embargo, desde hace más de 30 años se encuentran separados de cuerpos, toda vez que antes y después del matrimonio, el actor sostuvo diferentes relaciones con otras mujeres, de las cuales se generó procesos judiciales y el nacimiento de 4 hijos; dos de ellos durante el matrimonio, situación que los llevó a la separación de cuerpos.

Así mismo, señaló ser cierto que el actor era beneficiario suyo en la EPS TolihUILA – Emcosalud, y donde actualmente se encuentra retirado, e igualmente que no se ha firmado acta de divorcio u acuerdo entre las partes para terminar el vínculo matrimonial, lo cual refirió debe ser objeto de otro proceso. Frente a los demás hechos, esbozo no constarle o no ser ciertos.

Argumenta que existe una falta de legitimación por pasiva, al no cumplirse los requisitos que prevé el art. 42 del Decreto 2591 de 1991, relacionado con la procedencia de la acción de tutela contra particulares, tratándose ella de una persona natural y porque el estado de subordinación o indefensión al que hace alusión la norma en cita, debe ser objeto de otro proceso.

Relata que, durante los 30 años de separación de cuerpos, el actor ha tenido solvencia económica para cotizar a una pensión, tal como lo expuso en el escrito tutelar, y frente al cual no ha tenido reparo alguno, aunado a que ha tenido diferentes hogares e hijos de los cuales surgieron diferentes procesos civiles, de familia y acciones de tutela, y que dieron lugar a la no convivencia por más de 30 años, sumado al maltrato, violencia intrafamiliar e infidelidades a las que fue sometida. Agrega que en la actualidad residen en domicilios diferentes, según se denota en la dirección que se registra en el libelo de la demanda, para el accionante, mientras que, su domicilio correspondió en el municipio de Ortega Tolima, hasta finales del 2022; en razón a la vinculación laboral que ostentaba con la Institución Educativa “John. F. Kennedy”.

Precisa que el actor cuenta con otros medios judiciales de defensa, como es el proceso de familia ante la jurisdicción ordinaria, siendo ese un medio idóneo y efectivo para obtener el amparo de los derechos presuntamente vulnerados o en su defecto, registrarse o inscribirse al sistema de salud como beneficiario en el Sisben, régimen subsidiado.

Por lo anterior, solicita declarar improcedente la presente acción de tutela o en su defecto, desvincularle de la misma. Para el efecto, allega como prueba documental, certificado laboral expedido por Institución Educativa “John. F. Kennedy”²⁴.

4.3. UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA²⁵.

El representante legal de la Unión Temporal TolihUILA, señaló que la prestación del servicio de salud para los usuarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio del Departamento del Tolima, se rige en virtud al contrato suscrito entre las partes, cuya vigencia inició el 23/11/2017.

Sostiene que TolihUILA no es una entidad promotora de servicios de salud (EPS), sino una institución prestadora de servicios en salud a los afiliados y beneficiarios al régimen de excepción del magisterio, acorde a la información que reporta la Fiduprevisora, por lo que, al registrar el señor Jorge Hernández Lozano con estado de afiliación retirado, no puede garantizar servicios a su favor, aunado que, actualmente no cumple con los criterios para pertenecer al régimen de excepción.

²⁰ Folio 4 y 5 del archivo “FUA Y CARTA DE RETIRO 16640776” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²¹ Archivos “image (32)” y “image (34)” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²² Archivo “image (33)” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²³ Archivo “013ContestacionCarmenRosaLozano” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²⁴ Folio 7 del archivo “013ContestacionCarmenRosaLozano” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

²⁵ Archivo “025ContestacionTolihUILA” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

Refiere que la Fiduprevisora es la entidad encargada de afiliar o desafiliar a los docentes y sus beneficiarios, siendo la ADRES el encargado de actualizar la información en la página, más no la UT Toliuhila, y agrega que al no efectuar la desafiliación del actor, y no registrar negación y/o incumplimiento en la prestación del servicio de salud, UT Toliuhila no estaría en curso en una violación, aunado a que el actor debe gestionar su afiliación a otros regímenes, lo cual no puede aplicarse oficiosamente por parte de la UT Toliuhila, al no ser una EPS.

Por lo anterior, solicita negar las pretensiones incoadas, desvincularle de la presente acción y vincular al contradictorio a la Fiduprevisora.

Así las cosas, en consonancia con las normas constitucionales y legales y los antecedentes narrados, se procede al estudio de la presente acción, previas las siguientes:

V. CONSIDERACIONES

5.1. De la competencia: En los términos de los artículos 86 de la Carta Política, 37 del Decreto-Ley 2591 de 1991, 1º del Decreto Reglamentario 1382 de 2000, modificado por el Decreto 1983 de 2017, compilados en el artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por el Decreto 333 de 2021, así como por lo establecido por la H. Corte Constitucional en el Auto No. 124 del 25 de marzo de 2009, es competente este Juzgado para conocer de la presente acción de tutela.

5.2. De la Fisonomía Jurídica de la Acción de Tutela: Sin ánimo de soslayar el estudio de fondo de la presente acción de tutela, huelga consultar por la fisonomía jurídica de la misma para con ello arribar a que, sin discriminación alguna, toda persona –entiéndase natural y jurídica- es titular del derecho a reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar –con inclusión en los Estados de Excepción-, mediante un procedimiento preferencial y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública. En todo caso, bajo la exaltación del carácter residual de la acción, pues por regla general, sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial eficaz, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

5.3. Del Problema Jurídico:

- Vulneran los accionados y vinculados, los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana y debido proceso del señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO**, al efectuar su desafiliación al sistema de salud y no permitirle la continuidad en el acceso al servicio de salud?

Para efectuar el análisis del problema jurídico planteado, es necesario realizar un estudio de temas, tales como i) Del derecho fundamental a la salud; ii) Del derecho fundamental debido proceso; para luego abordar; iii) El Caso en concreto.

5.3.1. Derecho fundamental a la salud.

Considerado un derecho de primera generación y con este se busca garantizar la prestación del servicio de salud a todos los ciudadanos de una manera integral, pues con ello se procura el bienestar y se salvaguardan los derechos a la vida e integridad personal. En este sentido la sentencia T-010 de 2019 afirma:

“(…) El artículo 49 de la Constitución, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece 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*”.

Colorario, el artículo 48 de la Constitución Nacional contempla la seguridad social como un público de carácter obligatorio y cuya prestación está a cargo del Estado en observancia a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, que en armonía con lo dispuesto en el art. 46 ibidem, adquiere mayor relevancia cuando se trata de sujetos de especial protección constitucional, tal como ocurre con las personas de la tercera edad,

La Corte Constitucional advierte que el derecho a la salud es de carácter autónomo e irrenunciable, como quiera que actualmente la Ley Estatutaria de Salud, claramente reconoce la fundamentalidad de tal derecho, dada su inescindible relación con la dignidad humana.

Así mismo, en sentencia T-014 del 20 de enero de 2017 la Corte Constitucional determinó el alcance de este derecho fundamental que, teniendo como soporte el principio de integralidad, abarca no sólo el fin técnico de curación sino todos los elementos necesarios para garantizar al paciente una calidad de vida digna:

“En virtud del principio de integralidad del servicio de salud, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que el tratamiento que debe proporcionársele al enfermo no se reduce a obtener la curación. Este, debe estar encaminado a superar todas las afecciones que pongan en peligro la vida, la integridad y la dignidad de la persona, por tal razón, se deben orientar los esfuerzos para que, de manera pronta, efectiva y eficaz reciba los cuidados médicos tendientes a proporcionarle el mayor bienestar posible.”

Más adelante, la misma Corporación señaló:

*“En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, una marcada evolución jurisprudencial de esta Corporación y concretamente **la Ley Estatutaria 1751 de 2015 le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho** donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares el “(...) trato a la persona conforme con su humana condición(...)*

*Respecto de lo anterior, es preciso señalar que referida Ley Estatutaria 1751 de 2015 fue objeto de control constitucional por parte de esta Corporación que mediante la sentencia C-313 de 2014 precisó que “la estimación del derecho fundamental ha de pasar necesariamente por el respeto al ya citado principio de la dignidad humana, entendida esta en su triple dimensión como principio fundante del ordenamiento, principio constitucional e incluso como derecho fundamental autónomo. Una concepción de derecho fundamental que no reconozca tales dimensiones, no puede ser de recibo en el ordenamiento jurídico colombiano”. Bajo la misma línea, **la Corte resaltó que el carácter autónomo del derecho a la salud permite que se pueda acudir a la acción de tutela para su protección sin hacer uso de la figura de la conexidad y que la irrenunciabilidad de la garantía “pretende constituirse en una garantía de cumplimiento de lo mandado por el constituyente”***

En suma, tanto la jurisprudencia constitucional como el legislador estatutario han definido el rango fundamental del derecho a la salud y, en consecuencia, han reconocido que el mismo puede ser invocado vía acción de tutela cuando resultare amenazado o vulnerado, situación en la cual, los jueces constitucionales pueden hacer efectiva su protección y restablecer los derechos conculcados²⁶. (Negrilla y subraya fuera del texto original)

5.3.2. Del derecho fundamental debido proceso:

Este derecho fundamental, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Nacional, ha sido concebido por la Corte Constitucional en sentencia C-214 de 1994, como aquel derecho que se aplica a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas con el fin de que todos los integrantes de la comunidad nacional, en virtud del cumplimiento de los fines esenciales del Estado, puedan defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Constitución.

Igualmente, la alta corporación constitucional, ha definido al debido proceso administrativo, como: “**(i) el conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal**”. Ha precisado al respecto, que con dicha garantía se busca “**(i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados**”²⁷.

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-196-18

²⁷ Sentencia C-214 de 1994.

Así mismo, se han previsto unas garantías mínimas que lo componen, cuya presunta omisión dentro de un procedimiento implica la vulneración al mentado derecho, tales como: *“(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.”*²⁸.

Es así como, la sentencia T-010 de 2017 considera que, cualquier trasgresión que se evidencie en alguna de las garantías mínimas mencionadas anteriormente, pone de presente que se está atentando contra los principios que gobiernan la actividad administrativa, (igualdad, imparcialidad, publicidad, moralidad y contradicción) y con ello, se afectan los derechos fundamentales de las personas que acceden a la administración o de alguna forma quedan vinculadas por sus actuaciones.

En igual sentido, vale la pena destacar que el principio de la libertad probatoria es un elemento del debido proceso; por ello, la sentencia T-373 de 2015 consideró que, como el debido proceso también rige los procedimientos administrativos - lo que conlleva el respeto por las garantías previstas por la ley en el desarrollo del proceso – en estos también aplica el principio de libertad probatoria, que consiste en que se podrán aportar, pedir y practicar todas las pruebas que sean admisibles, conforme a los medios de prueba señalados en el Código de Procedimiento Civil, hoy general del proceso, el cual en su artículo 165 señala que, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualquier otro medio que sea útil para la formación del convencimiento del juez, los cuales podrán ser valoradas con las reglas de la sana crítica que consagra el artículo 175 del código en mención.

Establecidos entonces los lineamientos generales sobre los cuales versará la resolución del problema jurídico señalado en precedencia, se procederá al estudio del:

5.3.3. Del caso en concreto.

Ahora bien, descendiendo al caso bajo estudio, se entrevé que el señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO** presentó acción de tutela contra la señora **CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA**, la **UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA** y **FIDUPREVISORA S.A.**, puesto que consideró vulnerados sus derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana y debido proceso, al efectuarse su desafiliación como beneficiario del sistema de salud del régimen de excepción del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, pese a no encontrarse divorciado y no realizarse notificación previa, lo cual trasgredió la continuidad en la atención en salud que requiere en virtud a las patologías que presenta.

Al respecto, el Despacho habrá de dilucidar el problema jurídico planteado, acorde con lo probado en el plenario, así:

Se encuentra acreditado que el señor Jorge Hernández Lozano tiene 66 años de edad²⁹, contrajo matrimonio civil el día 10 de noviembre de 1983³⁰ con la señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, y presenta los diagnósticos de hipertensión arterial, hiperplasia prostática benigna, neumotórax espontáneo a presión y disnea secundaria a bulectomía, respecto de los cuales recibió atención por parte de la CLÍNICA SHAROM y CLÍNICA TOLIMA, por cuenta de la UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA³¹.

Así mismo, está probado que el señor Jorge Hernández Lozano actualmente se encuentra desafiliado³² del régimen de excepción en salud a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ello en virtud a solicitud expresa del cotizante – docente, señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, quien

²⁸ Ibidem.

²⁹ Folio 13 y 14 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

³⁰ Folio 16 al 18 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

³¹ Datos extractados de historias clínicas y/o resultados de ayudas diagnósticas visibles en los folios 26 al 42 del archivo “006EscritoTutelayAnexos” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital

³² Archivo “Certificado RETIRO Fiduprevisora 2B7ACDEB-80E0-43C1-9937-66B1E5256DB7 16640776” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

mediante comunicación escrita de fecha 16/01/2023³³, solicitó su retiro como beneficiario, por no convivencia y culminación de la relación.

Igualmente, se encuentra demostrado que la accionante figura desafiado del Sistema General de Seguridad Social en Salud³⁴, no se encuentra en la base del Sisbén³⁵ y no figura en el listado censal³⁶ dispuesto para la focalización e identificación de población especial, de acuerdo a las consultas realizadas por el Despacho, a través de las páginas web dispuestas para tal fin, y cuyos resultados fueron incorporados al expediente digital.

Establecidas las pretensiones y el marco probatorio que dirige el presente asunto, el Juzgado precisa que si bien se encuentra acreditado que la desafiliación del accionante en el régimen de excepción de salud del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, atendió a la solicitud expresa realizada el 16/01/2023 por la cotizante - señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, bajo el argumento de no convivencia y culminación de la relación, también lo es que, de acuerdo a la última versión del Manual del Usuario publicada en la página web de la entidad³⁷, se entrevé que tratándose de “desafiliación o pérdida de calidad de beneficiarios”, la Fiduprevisora debe realizar el procedimiento de desvinculación correspondiente, “que se hará efectiva previa comunicación escrita al usuario, con un (1) mes de antelación”; lo cual en el presente caso no ocurrió, si tenemos en cuenta que la solicitud de retiro de beneficiarios se originó el 16 de enero de 2023, siendo materializada el mismo día³⁸ y sin efectuarse la comunicación alguna al actor, a fin que desvirtuara la situación expuesta por la cotizante, o en su defecto, adelantara las gestiones pertinentes de afiliación ante el Régimen Subsidiado o Contributivo del Sistema de Salud, según fuere el caso.

Por lo anterior, se prevé que en el presente asunto la Fiduprevisora, en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, si vulneró las garantías fundamentales invocadas por el actor, al interrumpir de manera abrupta el servicio de salud por él requerido, sin agotar en debida forma el procedimiento descrito en el Manual del Usuario adoptado en virtud al Nuevo Modelo de Salud para afiliados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo cual se ORDENARÁ a la FIDUPREVISORA, en calidad de vocera y administradora del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, proceda a activar la afiliación del señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO** como beneficiario de la cotizante - señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, debiendo garantizar el acceso del servicio salud requerido, hasta tanto agote en debida forma el procedimiento dispuesto en el citado manual, en lo que respecta a las peticiones de desafiliación o retiro por pérdida de calidad de beneficiarios. Ello, en aras de garantizarle en debida forma el derecho de contradicción y defensa al actor, respecto de la solicitud de retiro y argumentos esbozados por la cotizante.

VI. DECISIÓN

En virtud de lo expuesto, el Juez Séptimo Administrativo de Oralidad del Circuito de Ibagué – Distrito Judicial del Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la salud en conexidad con la vida, dignidad humana y debido proceso invocados por el señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO** identificado con la C.C. No. 16.640.776 de Cali, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior, se **ORDENA** a la **FIDUPREVISORA S.A.**, en calidad de vocera y administradora del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, que en el término de cuarenta y ocho (48) horas contadas a partir de la notificación de esta decisión, proceda a activar la afiliación del señor **JORGE HERNÁNDEZ LOZANO**, como beneficiario de la cotizante - señora Carmen Rosa Lozano Villarraga, debiendo garantizar el acceso del servicio salud requerido, hasta tanto agote en debida forma el procedimiento dispuesto en el Manual del Usuario adoptado en virtud al Nuevo Modelo de Salud para afiliados y beneficiarios del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en

³³ Folio 1 del archivo “FUA Y CARTA DE RETIRO 16640776” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³⁴ Archivo “027ResultadoConsultaAdres” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³⁵ Archivo “028ResultadoConsultaSisben” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³⁶ Archivo “029ConsultaListadoCensal” ubicado en la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

³⁷ <https://www.fomaq.gov.co/wp-content/uploads/2019/09/Manual-del-Usuario.pdf>

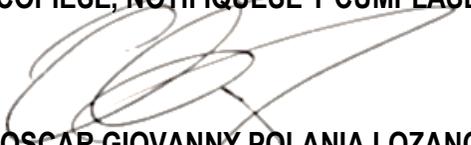
³⁸ Archivo “Certificado RETIRO Fiduprevisora 2B7ACDEB-80E0-43C1-9937-66B1E5256DB7 16640776” ubicado en la subcarpeta “022AnexosContestacionTutela” de la carpeta “001CuadernoPrincipal” del expediente digital.

ACCION DE TUTELA
ACCIONANTE: JORGE HERNÁNDEZ LOZANO
ACCIONADOS: CARMEN ROSA LOZANO VILLARRAGA, UNIÓN TEMPORAL TOLIHUILA y FIDUPREVISORA S.A.
RADICADO: 73001-33-33-007-2023-00036-00
SENTENCIA

lo que respecta a las peticiones de desafiliación o retiro por pérdida de calidad de beneficiarios. Ello, en aras de garantizarle en debida forma el derecho de contradicción y defensa al actor, respecto de la solicitud de retiro y argumentos esbozados por la cotizante.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes el contenido de esta decisión, por vía telegráfica o por el medio más expedito que asegure su cumplimiento, conforme a lo previsto en el artículo 30 del Decreto- Ley 2591 de 1991. **De no ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes, remítase la actuación ante la Corte Constitucional, para su eventual revisión.**

CÓPIESE, NOTIFIQUESE Y CÚMPLASE.



OSCAR GIOVANNY POLANIA LOZANO
JUEZ

Firmado Por:
Oscar Giovanni Polania Lozano
Juez Circuito
Juzgado Administrativo
007
Ibague - Tolima

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

Código de verificación: **9198e2c4207647e8989d35d45e8125c8d94b7f0daaf77132922431e69f56ec11**

Documento generado en 20/02/2023 03:32:09 PM

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