



Sentencia SU439/17

Referencia: Expediente T-4.770.440.

Acción de tutela formulada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Superintendencia Nacional de Salud.

Magistrado Ponente:
ALBERTO ROJAS RÍOS

Bogotá D.C., trece (13) de julio de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Plena de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido el 1º de septiembre de 2014 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, dentro de la acción de tutela promovida por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Superintendencia Nacional de Salud.

I. ANTECEDENTES

El 20 de agosto de 2014, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., empresa accionista de la Entidad Promotora de Salud, Salud Andina EPS S.A., por medio de su representante legal, formuló acción de tutela contra

la Superintendencia Nacional de Salud (en adelante Supersalud), por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a *“la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima”*, ante el rechazo de la habilitación que solicitó la mencionada EPS a la Supersalud, para operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social.

1. Hechos probados

1.1. La accionante, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., en asocio con Medi Hos Ltda., Inversiones Novel & CIA S.C.A., Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. e Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., constituyeron la Entidad Promotora de Salud, Salud Andina EPS S.A.¹, con el propósito inicial y principal de operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social.

1.2. Tal conformación societaria tuvo las siguientes modificaciones: Medi Hos Ltda. y Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. cedieron el 100% de sus acciones a Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A. y Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P., respectivamente². Es decir, a la fecha, la composición societaria de Salud Andina EPS S.A. está conformada por las empresas Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A., Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., Inversiones Novel & CIA. S.C.A., Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P. e Inversiones Clínicas Andinas S.A.S..

1.3. El 8 de junio de 2012, el representante legal de Salud Andina EPS S.A. solicitó a la Supersalud autorización para operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social³.

1.4. Durante el trámite de habilitación adelantado, en resumen, se efectuó lo siguiente:

1.4.1. La Oficina Asesora Jurídica, la Oficina de Tecnología de la Información, la Superintendencia Delegada para la Atención en Salud y la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos del Sector Salud, en cumplimiento de sus funciones como dependencias de la Supersalud, emitieron conceptos sobre la viabilidad de la habilitación de Salud Andina EPS S.A..

¹ Salud Andina EPS S.A. se constituyó mediante escritura pública N° 0002722 de la Notaría Séptima de Barranquilla del 26 de septiembre de 2011, inscrita el 17 de noviembre del mismo año bajo N° 00015062 del Libro IX ante la Cámara de Comercio de Barranquilla, con NIT. 900492331-8.

² Folios 242 del cuaderno N° 2 de Revisión, 136 y 137 del cuaderno N° 4 de anexos.

³ Así consta en la Resolución 1485 del 13 de agosto de 2013 de la Supersalud. Folio 85 del cd. inicial.

1.4.2. La Oficina Asesora Jurídica, por medio de Memorando N° 3-2013-006499 del 24 de abril de 2013, remitió el proyecto de resolución al Despacho del Superintendente Nacional de Salud.

1.4.3. La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, mediante Oficio N° OFI13-00081767 del 3 de julio de 2013⁴, informó a la Supersalud de unas presuntas irregularidades en relación con algunos miembros de las juntas directivas de Salud Andina EPS S.A. e Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., razón por la cual, solicitó que: (i) *“detenga la habilitación de la EPS ANDINA hasta que la entidad a su cargo reciba un concepto de parte de los entes de control sobre los funcionarios que la conforman y de la Fiscalía frente a los cuestionados por la presunta participación de algunos de sus accionistas en grupos al margen de la ley”*; y (ii) *“revise con el mayor nivel de detalle posible este caso, antes de tomar una decisión definitiva”*.

1.5. La Supersalud, a través de Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013⁵, rechazó la solicitud de habilitación, al considerar que Salud Andina EPS S.A. incumplió los requisitos legales, toda vez que halló un vicio de fondo por las inhabilidades que presentaban tres integrantes de las juntas directivas de dos empresas accionistas de Salud Andina EPS S.A.. En efecto, la entidad encontró que:

1.5.1. Desde el 2 de enero de 2012, *“según consta en la página WEB de la Gobernación del Atlántico y de la Secretaría de Salud del Municipio de Soledad (Atlántico), los doctores David Peláez Pérez y Carlos Bula Vieco”*, miembros de la junta directiva de Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., *“ejercen cargos de Secretario de Salud del Atlántico y Secretario de Salud de Soledad Atlántico, Entidades (sic) que son organismos públicos que supervisan la actividad de las Entidades Promotoras de Salud”*, lo cual generó la inhabilidad establecida en el numeral 5° del artículo 11 del Decreto 1804 de 1999⁶.

1.5.2. Al observar conjuntamente la escritura pública N° 0002722 de la Notaría Séptima de Barranquilla del 26 de septiembre de 2011, con la cual se constituyó Salud Andina EPS S.A., y el certificado de existencia y representación legal de la Fundación Social Santo Tomás de

⁴ Visible a folios 165 a 167 del cuaderno N° 2 de Revisión.

⁵ Visible a folios 85 a 90 del cuaderno inicial.

⁶ *“Artículo 11. Socios o administradores de una ARS. No podrán ser socios o administradores de una ARS: (...) 5. Los directores y servidores de los organismos públicos que norman o supervisan la actividad de las empresas, el cónyuge y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil. (...).”* (Subraya fuera del texto original).

Villanueva I.P.S., “*la doctora Leidy Salazar Hoyos*”, al tiempo, hacía parte de las juntas directivas de ambas empresas, incurriendo en la inhabilidad del numeral 2° del artículo 11 del Decreto 1804 de 1999⁷.

1.6. El 28 de agosto de 2013, Salud Andina EPS S.A., por medio de apoderado judicial, interpuso recurso de reposición⁸ contra el mencionado acto administrativo, solicitando su revocatoria y, que en consecuencia, se la habilitara para operar en el Régimen Subsidiado en Salud. Expuso que esa resolución desconocía los principios de legalidad, buena fe y confianza legítima, así como los derechos fundamentales al debido proceso e igualdad. Alegó que el presunto vicio que fundamentó el rechazo se había subsanado, toda vez que las personas señaladas de incurrir en inhabilidades ya no hacían parte de las juntas directivas. Como prueba de ello, adjuntó las cartas de renuncia con sus respectivas aceptaciones, y los certificados de existencia y representación legal actualizados, entre otros.

1.7. Mediante Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013⁹, la Supersalud resolvió dicho recurso, confirmando la resolución recurrida. En síntesis, explicó que su decisión no desconocía los principios y derechos invocados por el recurrente, porque aplicó la normatividad en vigor al proceso de autorización. Igualmente, aclaró que las inhabilidades tenidas en cuenta para el rechazo no son subsanables, por cuanto se encontraban vigentes para la época en que Salud Andina EPS S.A. solicitó la habilitación.

1.8. El 7 de noviembre de 2013 y el 30 de mayo de 2014, Salud Andina EPS S.A.¹⁰ y Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., respectivamente, formularon, por separado, acciones de tutela contra la Supersalud, a fin de que se revocaran los referidos actos administrativos y se ordenara a esa entidad expedir la resolución habilitante.

1.8.1. La acción de tutela promovida por Salud Andina EPS S.A. se negó por improcedente en sentencia proferida el 19 de noviembre de 2013 por el Juzgado Treinta Civil del Circuito de Bogotá, ante la existencia de otros medios de defensa judicial. Impugnada tal decisión, la Sala Civil

⁷ “**Artículo 11. Socios o administradores de una ARS.** No podrán ser socios o administradores de una ARS: (...) 2. Los representantes legales o administradores de otra EPS, ARS o IPS y los socios de estas, salvo que en este último caso se trate de entidades de naturaleza cooperativa o sociedades anónimas abiertas. (...)” (Subraya fuera del texto original).

⁸ Visible a folios 92 a 115 del cuaderno inicial.

⁹ Visible a folios 215 a 226 ibídem.

¹⁰ Se recuerda que, inicialmente, Salud Andina EPS S.A. fue constituida por las empresas Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., Medi Hos Ltda., Inversiones Novel & CIA S.C.A., Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. e Inversiones Clínicas Andinas S.A.S.

del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, mediante providencia del 11 de diciembre de 2013, la confirmó¹¹.

1.8.2. Por su parte, la acción de tutela presentada por Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. fue concedida en fallo dictado el 18 de junio de 2014 por el Juzgado Trece Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla. Sin embargo, el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de esa misma ciudad, por medio de sentencia emitida en segunda instancia el 4 de agosto de 2014, revocó dicha decisión y, en su lugar, denegó por improcedente el amparo solicitado, al encontrar incumplidos los requisitos de legitimación en la causa por activa, inmediatez y subsidiariedad¹².

1.9. El 1º de abril de 2014, Salud Andina EPS S.A., por medio de apoderado judicial, presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de La Nación –Superintendencia Nacional de Salud, ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección “A”¹³, con la finalidad de que se declare la nulidad de las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013¹⁴ y 1744 del 19 de septiembre del mismo año, y se restablezcan sus derechos presuntamente vulnerados por la entidad demandada. Este proceso se radicó bajo el N° 25000-23-41-000-2014-01141-00.

2. Fundamentos y pretensiones de la demanda

2.1. La accionante Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. manifestó que es incuestionable que Salud Andina EPS S.A. cumplió todas las exigencias establecidas en la normatividad para obtener el acto administrativo de habilitación. Empero, señaló que la accionada rechazó la solicitud ante la existencia de unas inhabilidades en algunos integrantes de las juntas directivas de las sociedades que constituyeron la EPS recién conformada, con fundamento en un oficio remitido por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, sin que tal documento determinara con certeza dichas irregularidades.

2.2. Indicó que a fin de desvirtuar las afirmaciones de la Supersalud, Salud Andina EPS S.A., al interponer el recurso de reposición contra la Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, adjuntó los certificados de

¹¹ Así consta en el fallo proferido en segunda instancia el 11 de diciembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá. Visible a folios 265 a 272 del cuaderno inicial.

¹² Según sentencia dictada en segunda instancia el 4 de agosto de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla. Visible a folios 275 a 285 del cd. inicial.

¹³ Folios 46 a 130 del cuaderno N° 2 de Revisión.

¹⁴ “Por medio de la cual se decide sobre la habilitación de una EPSS”.

existencia y representación legal de todas las empresas involucradas, para acreditar que las personas señaladas de incurrir en inhabilidades habían renunciado a sus cargos antes de presentarse la solicitud de habilitación. Es decir, que las inhabilidades encontradas ya no existían, pues bastaba actualizar algunos documentos para comprobarlo.

2.3. Sostuvo que, la entidad accionada, al confirmar íntegramente el acto administrativo recurrido, no valoró las pruebas allegadas, impidiéndole a Salud Andina EPS S.A. ejercer su derecho a aportar y controvertir pruebas, prerrogativa que hace parte del derecho fundamental al debido proceso, el cual debe ser observado en todas las actuaciones judiciales y administrativas.

2.4. Agregó que, la Supersalud olvidó que, en sede administrativa la autoridad está facultada para revisar sus propios actos. Así, podría modificar, aclarar o revocar el pronunciamiento inicial, en aras de rectificar sus errores y salvaguardar el principio de legalidad en el ejercicio de la función administrativa. De esta forma, contribuiría en el cumplimiento de los fines esenciales del Estado.

2.5. Afirmó que la accionada incurrió en una vía de hecho administrativa por defecto fáctico, ya que su decisión carece de elementos probatorios que la sustenten, lo cual debe corregirse “*con la protección inmediata de nuestros derechos fundamentales*”¹⁵.

2.6. Aunado a lo anterior, la accionante señaló que la Supersalud desconoció los principios de legalidad y confianza legítima, así como el derecho a la libre competencia. En sustento de ello, dijo lo siguiente:

2.6.1. Respecto al principio de legalidad, expuso que Salud Andina EPS S.A. pese haber cumplido las exigencias legales, tal entidad rechazó su solicitud de habilitación sin mediar ley alguna que así lo autorizara.

2.6.2. En cuanto al principio de confianza legítima, manifestó que la accionada defraudó dicho principio, pues denegó la autorización en cuestión sin que existiera un fin constitucionalmente legítimo, desconociendo la normatividad que regula el procedimiento de habilitación, los elementos probatorios allegados al proceso y el derecho a aportar y controvertir las pruebas allegadas por Salud Andina EPS S.A.. Agregó que la expedición del acto administrativo habilitante no puede entenderse como una simple expectativa de quienes se unieron para constituir la referida EPS, sino como una obligación por parte de la

¹⁵ Folio 6 del cuaderno inicial.

Supersalud ante el cumplimiento de los requisitos, incluso aquellos que dicha entidad inspectora no encontró reunidos.

2.6.3. Y frente al derecho a la libre competencia, en principio, reiteró que, según la Corte Constitucional, esa prerrogativa se presenta cuando varios empresarios, en un marco de igualdad de condiciones, orientan sus esfuerzos, factores empresariales y de producción hacia la conquista de un mercado. Argumentó que, contrario a lo indicado por este Tribunal, el Estado se ha extralimitado en sus funciones y competencia, ya que ha creado todas las barreras habidas, con la finalidad de impedir la entrada en operación de Salud Andina EPS S.A., circunstancia que demanda protección constitucional.

2.7. Con base en lo expuesto en precedencia, y al estimar reunidos los presupuestos de procedibilidad de la presente acción de tutela, la empresa accionante solicitó el amparo definitivo de sus derechos fundamentales a *“la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima”*, en el sentido de que se ordene a la Supersalud lo siguiente: (i) revocar las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año; y (ii) proferir un nuevo acto administrativo con el cual habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

3. Material probatorio relevante que obra en el expediente

3.1. Concepto Jurídico de Autorización y Expedición de Certificado de Funcionamiento de Salud Andina EPS S.A. N° 3-2012-010022, emitido el 10 de julio de 2012 por la Oficina Asesora Jurídica de la Supersalud¹⁶.

3.2. Concepto Financiero N° 3-2012-018367, expedido el 30 de noviembre de 2012 por la Superintendencia Delegada para la Generación y Gestión de los Recursos Económicos para la Salud¹⁷.

3.3. Concepto Técnico de Aseguramiento N° 3-2013-002018, emitido el 8 de febrero de 2013 por el Profesional Especializado de la Supersalud, dentro del trámite de habilitación de Salud Andina EPS S.A.¹⁸.

3.4. Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, con la cual la Supersalud rechazó la solicitud de habilitación¹⁹.

¹⁶ Folios 68 a 82 del cuaderno inicial.

¹⁷ Folios 50 a 62 ibídem.

¹⁸ Folios 29 a 48 ib..

¹⁹ Folios 85 a 90 ib..

3.5. Recurso de reposición instaurado por Salud Andina EPS S.A., por medio de apoderado judicial, contra el anterior acto administrativo²⁰.

3.6. Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013, mediante la cual la Supersalud confirmó la resolución recurrida²¹.

3.7. Sentencia judicial proferida en segunda instancia el 11 de diciembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela instaurada el 7 de noviembre de 2013 por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud²².

3.8. Fallo judicial dictado en segunda instancia el 4 de agosto de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla, en el proceso de tutela promovido el 30 de mayo de 2014 por Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. contra Supersalud²³.

3.9. Demanda de nulidad y restablecimiento del derecho presentada el 1° de abril de 2014 por Salud Andina EPS S.A. en contra de La Nación – Superintendencia Nacional de Salud²⁴.

3.10. Dos CDS²⁵ que contienen declaraciones públicas realizadas por el entonces Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Morales Cobo, y la Superintendente Delegada para la Atención en Salud, respecto al trámite de habilitación de Salud Andina EPS S.A..

3.11. Certificados de existencia y representación legal actualizados de Salud Andina EPS S.A., Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A., Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., Inversiones Novel & CIA. S.C.A. y Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P.²⁶.

3.12. Antecedentes judiciales, fiscales y disciplinarios de los miembros de Salud Andina EPS S.A. y de las empresas que constituyen la mencionada EPS²⁷.

²⁰ Folios 92 a 115 ib..

²¹ Folios 215 a 226 ib..

²² Folios 262 a 272 ib..

²³ Folios 363 a 374 ib..

²⁴ Visible a folios 130 a 194 ib..

²⁵ Folios 144 y 269 de los cuadernos N° 1 y 4 de anexos, respectivamente.

²⁶ Visibles a folios 146 a 161 del cuaderno N° 1 de anexos.

²⁷ Folios 163 a 237 ibídem.

3.13. Constancias laborales expedidas por la Secretaría de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Soledad (Atlántico) y la Secretaría General de la Gobernación del Departamento del Atlántico²⁸.

3.14. Certificado expedido el 13 de agosto de 2015 por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca²⁹, en el cual constan datos relevantes acerca del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho adelantado por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud.

3.15. Oficio N° OFI13-00081767 emitido el 3 de julio de 2013 por la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República³⁰, en el que se recomendó a la accionada reconsiderar la habilitación solicitada.

3.16. Certificado de composición accionaria de Salud Andina EPS S.A.³¹, en el cual consta lo siguiente:

Accionista	Identificación	N° de acciones	%
Ceamed IPS S.A.	802.009.327-3	650.000	10
Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S.	900.053.991-6	650.000	10
Inversiones Novel & CIA. S.C.A.	802.020.556-8	1.300.000	20
Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P.	802.011.950-9	1.300.000	20
Inversiones Clínicas Andinas S.A.S.	900.404.764-8	2.600.000	40
TOTAL		6.500.000	100

3.17. Auto³² proferido el 19 de octubre de 2015 por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, mediante el cual, dicha Corporación resolvió negar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que solicitó Salud Andina EPS S.A. como medida cautelar en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló contra la Supersalud.

4. Actuación procesal de la demanda de tutela

²⁸ Folios 291, 363 y 364 del cuaderno N° 1 de Revisión.
²⁹ Folio 45 del cuaderno N° 2 de Revisión.
³⁰ Folios 165 a 167 ibídem.
³¹ Folio 137 del cuaderno N° 4 de anexos.
³² Visible a folios 346 a 366 del cuaderno N° 2 de Revisión.

4.1. Por auto del 21 de agosto de 2014, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla admitió la solicitud de amparo y corrió traslado a la Superintendencia Nacional de Salud para que ejerciera su derecho de defensa.

4.2. La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Supersalud, por medio de escrito del 27 de agosto de 2014³³, dio respuesta a la presente acción de tutela para solicitar lo siguiente: (i) rechazarla por configurarse el fenómeno de cosa juzgada constitucional; y (ii) declarar su improcedencia ante la falta de legitimación en la causa por activa, por la existencia de otros medios de defensa judicial, por la ausencia de un perjuicio irremediable y debido al incumplimiento del requisito de inmediatez. En resumen, sustentó tales solicitudes de la siguiente manera:

4.2.1. En cuanto al rechazo por estimar cosa juzgada constitucional, la accionada indicó que existe identidad de objeto y causa entre la presente acción de tutela y las solicitudes de amparo promovidas el 7 de noviembre de 2013 y el 30 de mayo de 2014 por Salud Andina EPS S.A. y Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., respectivamente. Señaló que estas circunstancias constituyen un abuso del derecho, dadas las evidentes conductas de mala fe y temeridad, actuaciones que deben sancionarse.

4.2.2. Referente a la declaratoria de improcedencia, expuso que: a) no hay legitimación en la causa por activa, por cuanto la accionante carece de representación legal de Salud Andina EPS S.A.; b) Salud Andina EPS S.A. promovió proceso de nulidad y restablecimiento del derecho contra La Nación – Superintendencia Nacional de Salud, a fin de que se declaren nulas las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año. En este trámite, se solicitó la suspensión provisional de los efectos de esos actos administrativos; c) tampoco procede transitoriamente la acción de tutela, pues no se acreditaron los presupuestos del perjuicio irremediable (inminente, grave, urgente y carácter impostergable); y d) se incumple el requisito de inmediatez, como quiera que el amparo de tutela se solicitó 12 meses después de que la Supersalud profirió las mencionadas resoluciones.

5. Decisión objeto de revisión

5.1. El Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, mediante sentencia del 1° de septiembre de

³³ Visible a folios 240 a 260 del cuaderno inicial.

2014³⁴, resolvió: (i) tutelar los derechos fundamentales invocados “*a la legalidad, aportar y controvertir, en conexidad con el debido proceso*”; (ii) dejar sin efectos la actuación administrativa contenida en las Resoluciones N° 1485 y 1744 del 13 de agosto y 19 de septiembre de 2013, respectivamente; y (iii) ordenar a la Supersalud, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esa providencia, expedir el acto administrativo con el cual habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

5.2. Lo anterior, al estimar una “*palmaria y flagrante vía de hecho*” de la accionada, por cuanto su proceder carece de fundamento y, además, es “*producto de la actitud arbitraria y caprichosa de la administración*”, que trajo consigo la vulneración de los derechos fundamentales de la accionante, “*carga que no está en la obligación de resistir*”.

5.3. Para arribar a tal decisión, el despacho judicial dijo lo siguiente:

5.3.1. Es inexistente el fenómeno de cosa juzgada constitucional, toda vez que no hay identidad de partes, causa y objeto. Si bien, en principio, podría haber identidad de objeto entre la acción de tutela instaurada por Salud Andina EPS S.A. y la presente, debe tenerse en cuenta que en la última de ellas se presentan hechos nuevos que no fueron analizados en la primera, como es el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la referida EPS. Además, tampoco puede predicarse la firmeza y el tránsito a cosa juzgada de la sentencia judicial proferida dentro del amparo solicitado por la Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., hasta tanto se efectúen los procedimientos de selección y revisión en la Corte Constitucional.

5.3.2. No se evidencia temeridad, debido a que el hecho nuevo, referente al uso de la acción contenciosa administrativa, no fue objeto de estudio en los fallos de primera y segunda instancias dictados en el proceso de tutela promovido por Salud Andina EPS S.A., sin poder establecer si ese mecanismo de defensa judicial es eficaz para la protección de los derechos fundamentales reclamados.

5.3.3. Existe legitimación en la causa por activa, por cuanto, la accionante, al tratarse de una de las empresas accionistas de Salud Andina EPS S.A., resulta directamente afectada con lo que se disponga en el proceso de habilitación de dicha EPS.

³⁴ Folios 290 a 309 ib..

5.3.4. Se cumple el requisito de inmediatez, ya que la vulneración alegada es actual y permanente. La demora en el ejercicio de la acción de tutela es válida, pues la accionante ha ejercido los medios judiciales comunes en defensa de sus derechos, pese a su ineficacia. Y si el término se contabiliza desde la ocurrencia del hecho nuevo, esto es, la presentación de la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho (1º de abril de 2014), es evidente que no ha transcurrido el lapso razonable (6 meses) al que alude la jurisprudencia constitucional.

5.3.5. No hay lugar a pronunciarse respecto del perjuicio irremediable, toda vez que en el escrito de tutela nada se dijo sobre la existencia del mismo. Pero que, en caso de ser necesario, se abordaría su estudio en el análisis de fondo del asunto.

5.3.6. Si bien la accionante cuenta con otro mecanismo de defensa judicial, y que en efecto está haciendo uso de él, como se expuso, éste es ineficaz para la protección de sus derechos y garantías constitucionales. Ello, por cuanto, por un lado, podría llevar un tiempo considerable para que el juez ordinario se pronuncie respecto de la legalidad de las resoluciones cuestionadas; y por otro, de concederse la medida cautelar solicitada en la demanda común, eso no garantiza el amparo efectivo de los derechos invocados, ni resolvería la controversia íntegramente, circunstancia que mantendría incólume los actos administrativos expedidos por la Supersalud.

5.3.7. Le asiste razón a la accionante cuando señala que la demandada omitió valorar las pruebas allegadas con el recurso de reposición interpuesto contra la Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, ya que en la Resolución N° 1744 del 19 de septiembre del mismo año, con la cual se desató tal recurso, no se efectuó consideración distinta a la que Salud Andina EPS S.A. nunca aportó los documentos que acreditaban los cambios en las juntas directivas de las empresas involucradas.

5.3.8. La Supersalud debió indicar las razones por las cuales consideró que la documentación allegada no desvirtuaba la legalidad de la resolución recurrida, cuyos argumentos serían debatidos por Salud Andina EPS S.A. ante el juez administrativo. Esa circunstancia da lugar al amparo constitucional, por cuanto la accionada desconoció la finalidad de la vía gubernativa, y además, impidió a la mencionada EPS aportar y controvertir las pruebas en su contra.

5.3.9. Se evidenció que las personas que hacían parte de la junta directiva de Salud Andina EPS S.A. habían renunciado a sus cargos antes de la solicitud de habilitación, lo cual se registró en la Cámara de Comercio de

Barranquilla y fue conocido por la Supersalud antes de proferir la Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013.

5.3.10. Del análisis de la normatividad que regula el proceso de habilitación en el régimen subsidiado, así como del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (Ley 1437 de 2011), no se encontró disposición alguna que establezca vicios de fondo insubsanables en el referido trámite, razón por la cual, se revoca el acto administrativo que rechazó la solicitud de habilitación.

6. Impugnación

6.1. El 4 de septiembre de 2014, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud presentó escrito de impugnación³⁵ para solicitar que se revoque la anterior decisión, al reiterar las mismas razones expuestas en la contestación de la acción de tutela: (i) cosa juzgada constitucional; (ii) falta de legitimación en la causa por activa (iii) existencia de otros medios de defensa judicial idóneos y efectivos; (iv) ausencia de un perjuicio irremediable; (v) incumplimiento del requisito de inmediatez; y adicionalmente, (vi) desconocimiento de la jurisprudencia de la Corte Constitucional con argumentos “ilegítimos” y contrarios a cualquier lógica de interpretación y aplicación.

6.2. El 5 de septiembre de 2014, el representante legal de la accionante solicitó al Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla rechazar la impugnación presentada, al considerar que no se acreditó la calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, ni la asignación de las facultades para la representación de la Supersalud en actuaciones judiciales y extrajudiciales.

6.3. El Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, mediante providencia del 9 de septiembre de 2014, rechazó la impugnación interpuesta, al no haberse acreditado “*la Calidad de Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud (...), como tampoco la facultad de representación judicial de dicha entidad conferida por el Director de la misma (...)*”³⁶.

6.4. Contra el rechazo de la impugnación, la Supersalud instauró acción de tutela la cual se resolvió a su favor en sentencia dictada el 29 de septiembre de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla. Sin embargo, esa decisión fue revocada por el fallo

³⁵ Visible a folios 314 a 326 ib..

³⁶ Folios 408 y 409 ib..

proferido el 5 de noviembre del mismo año por la Sala Penal del Tribunal Superior de Barranquilla. Debido a lo anterior, quedó en firme la providencia judicial proferida el 1° de septiembre de 2014 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, que en esta oportunidad revisa la Corte Constitucional.

7. Trámite del incidente de desacato promovido por la empresa accionante de la tutela que se revisa

7.1. El 16 de septiembre de 2014, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. promovió incidente de desacato ante el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, frente al cual la Supersalud respondió que el proceso de habilitación requería información actualizada que diera cuenta del cumplimiento de todos los requisitos para la prestación de los servicios de salud.

7.2. El 3 de octubre de 2014, el mencionado despacho judicial impuso sanción de arresto de 3 días y multa equivalente a 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes al entonces Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Morales Cobo. Posteriormente, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. solicitó encausar el incidente contra el nuevo Superintendente.

7.3. En el grado jurisdiccional de consulta de dicho desacato, la Supersalud solicitó al Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla revocar la sanción y modificar el fallo de tutela, con el fin de que *“no se ordenara la habilitación directamente, sino que se ordenara la revisión de los requisitos de habilitación sin incurrir en las conductas que el juez había evaluado como vulneratorias del derecho al debido proceso de la sociedad demandante. Lo anterior con el objetivo de constatar si la EPS en cuestión estaba en capacidad de proteger los derechos de los usuarios”*³⁷.

7.4. El 28 de noviembre de 2014, el referido juzgado resolvió la consulta, confirmando la sanción contra el ex Superintendente Nacional de Salud Gustavo Morales Cobo.

7.5. El 10 de diciembre de 2014, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla declaró que el nuevo Superintendente, Norman Julio Muñoz, también incurrió en desacato del fallo de tutela en cuestión, y lo sancionó con arresto de cinco días y multa equivalente a 10 s.m.l.m.v.. Esta decisión también

³⁷ Folio 3 del cuaderno N° 1 de Revisión.

surtió el grado de consulta, siendo modificada la sanción, otorgándole diez días para que *“revise finalmente toda la documentación ya aportada por Salud Andina EPS SA y proceda a dar concepto definitivo del cumplimiento de todos los estándares de habilitación y emita Resolución de Habilitación”*³⁸.

8. Trámite de la selección para revisión de la sentencia de tutela

8.1. En atención a que el expediente de la acción de tutela de la referencia no había sido remitido a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Superintendencia Nacional de Salud, el 6 de febrero de 2015, solicitó a la Sala de Selección de turno de esta Corporación que: (i) conminara al Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla para que diera estricto cumplimiento a lo establecido en los artículos 31 y 32 del Decreto 2591 de 1991 y, en consecuencia, remita de manera inmediata el proceso de tutela a esta Corte; (ii) suspendiera provisionalmente el cumplimiento de lo ordenado en la sentencia dictada en el trámite de esa solicitud de amparo; y (iii) seleccionara el fallo de tutela para su revisión.

8.2. En respuesta de lo solicitado, la Sala Plena de la Corte Constitucional profirió el Auto 039 del 11 de febrero de 2015³⁹, en el cual, consideró que al no haberse remitido oportunamente a este Tribunal la providencia proferida por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla dentro de la acción de tutela instaurada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., se desconocieron los derechos al debido proceso y el acceso a la administración de justicia. Por consiguiente, ordenó:

“PRIMERO. ENVIAR la solicitud presentada por la Superintendencia Nacional de Salud como sus anexos, a la Secretaría General de esta Corporación para que proceda a su pronta radicación y envíe a la Sala de Selección número dos (2), competente en este momento, a fin de que ésta adopte las decisiones que correspondan según lo establecido en la presente providencia. Recibido el asunto, ingresará al estudio de la Sala de Selección número dos (2).

SEGUNDO. CONMINAR al Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla para que proceda a remitir a la Corte Constitucional, dentro de las doce (12)

³⁸ Ibídem.

³⁹ Visible a folios 1 a 15 del cuaderno N° 1 de Revisión.

horas siguientes a la comunicación de este auto, el expediente mencionado en esta providencia. El envío se hará por el medio más expedito posible, para lo cual el interesado podrá asumir el coste que corresponda.

TERCERO. Para otros casos en que se presente la misma situación la Sala de Selección podrá: (i) ordenar al juez correspondiente la remisión inmediata del expediente y (ii) disponer que la Secretaría General de la Corte Constitucional radique copia de la solicitud acompañada del fallo de tutela, y lo remita inmediatamente a la Sala de Selección de turno para lo de su competencia”.

8.3. En virtud de lo ordenado, la Sala de Selección de Tutelas Número Dos⁴⁰ de esta Corporación, mediante Auto del 12 de febrero de 2015⁴¹, seleccionó el asunto para revisión y, de acuerdo con el sorteo realizado, lo repartió al Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub⁴².

9. Actuación procesal en sede de revisión

9.1. El 16 de enero de 2015, la Asesora Encargada de las Funciones de la Oficina Jurídica de la Supersalud solicitó ante el Despacho del Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub la suspensión provisional del cumplimiento de lo ordenado por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, con la finalidad de **“evitar la concreción de un perjuicio irremediable para los cerca de 400.000 afiliados al Régimen Subsidiado, el derecho fundamental a salud y el interés público”**. Reiteró que el fallo de tutela: (i) se profirió con violación de la cosa juzgada constitucional; (ii) afecta directamente el derecho fundamental a la salud, porque se ordena habilitar a Salud Andina EPS S.A. sin contar con el aval técnico y operativo; (iii) desconoce el requisito de subsidiariedad; y (iv) vulnera el derecho al debido proceso de esa Superintendencia.

9.2. Sin que implicara de manera alguna prejuzgamiento o se anticipara el sentido de la sentencia definitiva, y en aras de que se garantizaran los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso efectivo a la administración de justicia de las partes involucradas en la presente

⁴⁰ Integrada por los Magistrados Mauricio González Cuervo y Jorge Iván Palacio Palacio.

⁴¹ Visible a folios 17 a 20 del cuaderno N° 1 de Revisión.

⁴² El referido magistrado se declaró impedido para conocer el asunto, el cual fue aceptado por los entonces restantes magistrados de la Sala Séptima de Revisión. Más adelante, se explicará con detalle.

acción de tutela, la Sala Séptima de Revisión⁴³, mediante Auto del 17 de febrero de 2015⁴⁴, resolvió:

“PRIMERO. ORDENAR COMO MEDIDA CAUTELAR al titular del Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, o a quien haga sus veces, que **SUSPENDA de forma inmediata** cualquier sanción o medida judicial tomada dentro del incidente de desacato correspondiente a la acción de tutela 2014-00207, interpuesta por Agropecuaria el Roble del Caribe S.A contra la Superintendencia Nacional de Salud, hasta tanto no se profiera un pronunciamiento de fondo por parte de la Corte Constitucional.

SEGUNDO. REITERAR al Juzgado Noveno Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Barranquilla, la orden segunda del Auto 039 del 11 de febrero de 2015, en el sentido de que ‘proceda a remitir a la Corte Constitucional, dentro de las doce (12) horas siguientes a la comunicación de este auto, el expediente mencionado en esta providencia. El envío se hará por el medio más expedito posible, para lo cual el interesado podrá asumir el coste que corresponda’”.

9.3. Quien para la época fungía como Juez Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, en respuesta del 20 de febrero de 2015⁴⁵ al Auto 039 proferido el 11 de febrero de 2015 por la Sala Plena de la Corte Constitucional, informó a esta Corporación que: (i) cada una de sus actuaciones se han efectuado conforme a la normatividad vigente; (ii) sólo hasta el 29 de enero de ese mismo año se tuvo conocimiento definitivo de los diferentes trámites surtidos dentro del proceso de tutela, lo que imposibilitó la remisión del expediente a esta Corporación; y (iii) el asunto ya se envió a este Tribunal por medio de oficio N° 0161 del 11 de febrero de 2015, razón por la cual estima un hecho superado al respecto.

9.4. Por medio de escrito recibido el 24 de febrero de 2015⁴⁶, la accionante solicitó a la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional confirmar la sentencia de tutela objeto de estudio.

9.5. El ciudadano Wilton José Molina Siado, mediante escrito del 18 de

⁴³ Para ese entonces integrada por los Magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, quien la presidía, Martha Victoria Sáchica Méndez (e) y Luis Ernesto Vargas Silva.

⁴⁴ Visible a folios 43 a 46 del cuaderno N° 1 de Revisión.

⁴⁵ Visible a folios 56 a 60 ibídem.

⁴⁶ Visible a folios 112 a 124 ib..

marzo de 2015⁴⁷, solicitó a la Sala Séptima de Revisión decretar la nulidad del Auto del 17 de febrero de 2015 con el cual dicha Sala de Revisión ordenó como medida cautelar la suspensión de la sanción impuesta dentro del incidente de desacato.

9.6. El 9° de abril de 2015, la empresa accionante, a través de su representante legal, solicitó, por separado, lo siguiente: (i) a la Sala Séptima de Revisión de esta Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir del ya citado Auto del 17 de febrero de 2015, o en su defecto, revocar dicha providencia⁴⁸; y (ii) a la Sala Plena de la Corte Constitucional decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, en especial del trámite de selección⁴⁹.

9.7. El 24 de abril de 2015, el Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub puso a consideración de los demás magistrados de la Sala Séptima de Revisión un impedimento sobreviniente⁵⁰ por la causal establecida en el numeral 15 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, el cual alude a: “*Que el juez o fiscal haya sido asistido judicialmente, durante los últimos tres (3) años, por un abogado que sea parte en el proceso*”. Esto, al observar que el apoderado judicial que actúa en representación de la empresa Salud Andina EPS S.A. en los trámites de habilitación, de nulidad y restablecimiento del derecho, y de tutela promovido contra el rechazo de la solicitud de habilitación, es el mismo abogado que designó como su defensor en el proceso que en contra suya inició la Comisión de Investigación y Acusación de la Cámara de Representantes, con ocasión de la solicitud de investigación presentada por el Magistrado Mauricio González Cuervo, el 27 de febrero del presente año.

9.8. Mediante Auto del 4° de mayo de 2015⁵¹, la Sala Séptima de Revisión conformada por los entonces restantes magistrados Martha Victoria Sáchica Méndez (e) y Luis Ernesto Vargas Silva, resolvió: (i) aceptar el impedimento presentado, al considerar que le asistía razón al Magistrado Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, toda vez que su situación efectivamente se enmarcaba dentro de la causal que invocó; y (ii) comunicar esa decisión al Magistrado impedido y disponer el envío del expediente al despacho del magistrado que sigue en turno.

9.9. El 20 de mayo de 2015 (pasados más de tres meses desde la selección para revisión), se entregó el expediente del asunto de la

⁴⁷ Visible a folios 62 a 64 ib..

⁴⁸ Folios 66 a 74 ib..

⁴⁹ Folios 87 a 93 ib..

⁵⁰ Folios 166 y 167 ib..

⁵¹ Visible a folios 169 a 171 ib..

referencia al Despacho del Magistrado Alberto Rojas Ríos, quien preside la Sala Octava de Revisión⁵², para que asuma el conocimiento del mismo y tramite la ponencia de revisión correspondiente.

9.10. Con la finalidad de recaudar elementos de juicio relevantes, la Sala Octava de Revisión⁵³, en Auto del 4 de junio de 2015⁵⁴, resolvió:

***“Primero.-** Por la Secretaría General de la Corte Constitucional, solicitar a la Superintendencia Nacional de Salud que informe el trámite administrativo y estado actual de la actuación adelantada en relación con la habilitación de la empresa sociedad Salud Andina EPS para funcionar como empresa promotora de salud.*

***Segundo.-** Por la Secretaría General de la Corte Constitucional oficiar a las empresas Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., y Salud Andina EPS SA, para que informen cuales han sido las acciones judiciales que sus representantes o sus accionistas, han adelantado o están promoviendo en relación con los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Nacional de Salud sobre la habilitación de la empresa sociedad Salud Andina EPS para funcionar como empresa promotora de salud, indicando despacho judicial competente, si dentro de los mismos se han solicitado o decretado medidas y el estado actual de la acción o proceso judicial.*

***Tercero.-** Por la Secretaría General de la Corte Constitucional solicitar a la Gobernación del Atlántico y de la Secretaría de Salud del Municipio de Soledad (Atlántico), que informen si los señores David Peláez Pérez y Carlos Bula Vieco desempeñaron cargos públicos en la Gobernación de Atlántico y en la Alcaldía del municipio de Soledad (Atlántico), y en caso afirmativo indiquen los periodos específicos y adjunten copia de los actos administrativos respectivos.*

***Cuarto.-** De acuerdo con la competencia prevista en el artículo 57 del Acuerdo 05 de 1992 –Reglamento de la Corte Constitucional- **SUSPENDER** los términos para fallo en el proceso de la referencia, hasta tanto las pruebas decretadas y requeridas en este*

⁵² Conformada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Luis Ernesto Vargas Silva y María Victoria Calle Correa, de conformidad con el literal h del artículo primero del Acuerdo N° 1 proferido el 21 de enero de 2015 por la Sala Plena de la Corte Constitucional.

⁵³ Para esa fecha integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Myriam Ávila Roldán (e) y María Victoria Calle Correa.

⁵⁴ Visible a folios 275 a 278 del cuaderno N° 1 de Revisión.

proveído sean debidamente recaudadas por el Magistrado Sustanciador.”

9.11. En virtud de ello, se emitieron las siguientes respuestas:

9.11.1. La Secretaría de Talento Humano de la Alcaldía Municipal de Soledad (Atlántico) informó que el señor Carlos Mario Bula Viecco fue nombrado y se posesionó en el cargo de Secretario Local de Salud de ese Municipio el 1º de enero de 2012, el cual desempeñó hasta el 13 de agosto de 2014, ante la aceptación de la renuncia del mismo⁵⁵.

9.11.2. La Secretaría General de la Gobernación del Departamento del Atlántico allegó dos certificaciones laborales en la cuales consta lo siguiente: (i) que el señor Carlos Mario Bula Viecco desempeñó el cargo de Subsecretario de Despacho de la Secretaría de Salud Departamental del Atlántico, desde el 6º de mayo de 2003 hasta el 14 de enero de 2004⁵⁶; y (ii) que el señor David Peláez Pérez desempeñó el cargo de Secretario de Despacho de la Secretaría de Salud Departamental del Atlántico, desde el 2º de enero de 2012 hasta el 15 de octubre de 2014⁵⁷.

9.11.3. El Superintendente Nacional de Salud señaló que:

(i) A la fecha cuenta con dos conceptos técnicos emitidos por las Superintendencias Delegadas para la Supervisión Institucional y para la Supervisión de Riesgos, respecto al cumplimiento de los requisitos técnicos, financieros, administrativos y de riesgos de las empresas promotoras de salud que estén interesadas en operar en cualquiera de los regímenes del Sistema General de Seguridad Social en Salud⁵⁸.

(ii) Se encuentra a la espera de recibir documentación actualizada por parte de Salud Andina EPS S.A., para verificar los requisitos legales de su habilitación en el régimen subsidiado. Información que ha solicitado en tres oportunidades a dicha empresa, pero que ésta no ha dado respuesta alguna⁵⁹. Tal documentación es: *“(1) estados financieros al último corte, con sus respectivos soportes contables; (2) las proyecciones realizadas con base en información actual; (3) la información que permita establecer la composición accionaria y societaria actual con sus respectivos soportes; (4) la red prestadora de servicios de salud debidamente actualizada, habilitada e inscrita en el*

⁵⁵ Folios 291 a 296 ibídem.

⁵⁶ Folio 363 ib..

⁵⁷ Folio 364 ib..

⁵⁸ Folios 306 a 308 ib.

⁵⁹ Folios 308 a 310 ib.

Registro Especial de Prestadores de Salud (REPS) para todos los niveles de atención y en todos los municipios en donde ha sido autorizada para operar; y (5) el resto de la información prevista en las normas para la habilitación como EPS del régimen subsidiado.”⁶⁰

(ii) Salud Andina EPS S.A. presentó demanda de nulidad y restablecimiento del derecho ante el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁶¹.

9.12. Debido a que dentro del trámite de tutela cumplido en única instancia no se vinculó a Salud Andina EPS S.A., así como tampoco a las empresas que la constituyen, las cuales pueden verse afectadas con lo que finalmente se decida en este proceso por tener un interés directo en el mismo, y, ante la necesidad de insistir en el recaudo de material probatorio indispensable, la Sala Octava de Revisión, mediante Auto del 10 de agosto de 2015⁶², dispuso lo siguiente:

“Primero.- VINCULAR al trámite de esta acción de tutela a Salud Andina EPS S.A., Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A., Inversiones Novel & CIA. S.C.A., Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P., para que por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, se pronuncien acerca del presente proceso, para lo cual podrán allegar o solicitar los elementos de convicción que estimen relevantes y ejercer los derechos de defensa y contradicción, a cuyo efecto se les enviará copia de lo hasta ahora actuado.

Segundo.- OFICIAR al Tribunal Administrativo de Cundinamarca y al Consejo de Estado, para que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, informen si en esas Corporaciones judiciales se han adelantado o están promoviendo acciones judiciales en relación con los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Nacional de Salud sobre la habilitación de Salud Andina EPS S.A. para operar en el régimen subsidiado en el Sistema de Seguridad Social en Salud. De resultar afirmativo, indiquen, entre otras cosas que estimen relevantes, si dentro de los mismos se han solicitado o decretado medidas y el estado actual de la acción o proceso judicial, para lo cual podrán allegar los medios probatorios necesarios.

⁶⁰ Folio 308 ib.

⁶¹ Folio 312 ib.

⁶² Visible a folios 1 a 7 del cuaderno N° 2 de Revisión.

Tercero.- ORDENAR a Salud Andina EPS S.A., Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A., Inversiones Novel & CIA. S.C.A., Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P., para que por medio de sus representantes legales o quienes hagan sus veces, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, informen cuáles han sido las acciones judiciales que sus representantes o quienes hagan sus veces, o sus accionistas, han adelantado o están promoviendo en relación con los actos administrativos expedidos por la Superintendencia Nacional de Salud sobre la habilitación de Salud Andina EPS S.A. para operar en el régimen subsidiado en el sistema de seguridad social en salud, para lo cual indicarán, entre otras cosas, el o los despachos judiciales de instancias, si dentro de los mismos se han solicitado o decretado medidas y el estado actual de la acción o proceso judicial.

Cuarto.- OFICIAR a la Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, para que en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de este auto, informe a este Despacho todo lo que considere relevante, conducente y pertinente en relación con el asunto de la referencia, para lo cual aportará los elementos de convicción necesarios, como también copia de los actos que en procedimiento administrativo se hayan surtido previamente a la expedición del oficio N° 1-2013-054412.

Quinto.- ORDENAR a Salud Andina EPS S.A., para que por medio de su representante legal o quien haga sus veces, en el término de tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, allegue: (i) los estados financieros al último corte, con sus respectivos soportes contables; (ii) las proyecciones realizadas con base en información actual; (iii) la información veraz y real que permita establecer la composición accionaria y societaria actual con sus respectivos soportes; (iv) la red prestadora de servicios de salud debidamente actualizada, habilitada e inscrita en el Registro Especial de Prestadores de Salud (REPS) para todos los niveles de atención y en todos los municipios en donde ha sido autorizada para operar; y (v) el resto de la información prevista en las normas para la habilitación como EPS del régimen subsidiado. ”

9.13. Efectuadas las respectivas comunicaciones, se produjeron los siguientes pronunciamientos:

9.13.1. En escritos allegados por separado el 24 de agosto de 2015⁶³, las empresas vinculadas Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., Centro de Atención Médica CEAMED IPS S.A., Inversiones Novel & CIA. S.C.A. y Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P, de manera unánime y uniforme, manifestaron que: (i) coadyuvan la gestión y posición asumida por la accionante y Salud Andina EPS S.A. dentro del proceso en referencia; y (ii) no han promovido acciones judiciales en relación con los actos administrativos expedidos por la Supersalud sobre la habilitación de Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social.

9.13.2. La Secretaría General del Consejo de Estado, por medio de oficio N° ARG-7742 recibido el 25 de agosto del presente año⁶⁴, informó que revisado el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI no se encontró proceso judicial con respecto a las resoluciones proferidas por la Supersalud dentro del trámite de habilitación de Salud Andina EPS S.A..

9.13.3. Mediante constancia del 13 de agosto de 2015⁶⁵, la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca certificó que: (i) en esa Corporación cursa en primera instancia proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud, radicado con el N° 25000-23-41-000-2014-01141-00; (ii) los actos demandados son las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013⁶⁶ y 1744 del 19 de septiembre del mismo año⁶⁷; (iii) a esa fecha, se estaba corriendo el traslado de las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la Supersalud, cuyo vencimiento fue el 14 de agosto de 2015. En sustento de ello, aportó copia de la demanda ordinaria y de las providencias dictadas en dicho trámite.

9.13.4. La Secretaría de Transparencia de la Presidencia de la República, en Oficio N° OFI15-00064698 recibido el 18 de agosto de 2015⁶⁸, informó, entre otras cosas, que a esa oficina llegó información que sugería la existencia de inhabilidades por parte de los “*miembros accionistas*” de Salud Andina EPS S.A., y que, en razón a lo verificado en los certificados de existencia y representación legal de dicha EPS y de las empresas que la constituyeron, se comunicó a la Supersalud reconsiderar la habilitación solicitada.

⁶³ Visibles a folios 22, 24, 26 y 28 ibídem.

⁶⁴ Visible a folio 147 ib..

⁶⁵ Visible a folio 45 ib..

⁶⁶ “*Por medio de la cual se decide sobre la habilitación de una EPSS*”.

⁶⁷ “*Por medio de la cual se resuelve un recurso de reposición*”.

⁶⁸ Visible a folios 163 y 164 del cuaderno N° 2 de Revisión.

9.13.5. La vinculada Salud Andina EPS S.A., mediante escrito recibido el 28 de agosto de 2015⁶⁹, manifestó que “*comparte la pretensión esbozada*” por la sociedad accionante en el escrito de tutela, razón por la cual, solicitó se confirme el fallo objeto de revisión. En síntesis, expuso: (i) las inhabilidades señaladas fueron subsanadas con los documentos actualizados que se allegaron en sede gubernativa; (ii) esa EPS promovió acción de tutela y proceso contencioso administrativo contra la misma entidad aquí accionada; y (iii) la solicitud de amparo es procedente, por cuanto el mecanismo de defensa judicial ordinario es ineficaz.

Adjunta a esta respuesta, aportó la siguiente documentación⁷⁰: (i) la relacionada con el trámite de habilitación; (ii) la requerida en el numeral quinto del Auto en cuestión; (iii) los certificados de existencia y representación legal actualizados de las empresas que la constituyen; (iv) el certificado de su composición accionaria; (v) los antecedentes judiciales, fiscales y disciplinarios de los socios; y (vi) un CD que contiene declaraciones públicas realizadas por el entonces Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Morales Cobo, y la Superintendente Delegada para la Atención en Salud, respecto al trámite de habilitación de Salud Andina EPS S.A..

10. Solicitud del Magistrado Ponente para que la Sala Plena conozca y decida el asunto de la referencia

10.1. Con base en lo dispuesto en el artículo 61 del Acuerdo 02 de 2015⁷¹, el 26 de noviembre de 2015, el Magistrado Ponente solicitó a la Sala Plena de la Corte Constitucional que conociera y decidiera la presente acción de tutela⁷², toda vez que, a su juicio, la Sala Octava de Revisión carece de competencia para conocer y resolver la solicitud de nulidad presentada el 9º de abril de 2015 por la accionante Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., en la cual se cuestiona el Auto 039 proferido el 11 de febrero de 2015 por el Pleno de esta Corte⁷³.

⁶⁹ Visible a folios 234 a 245 ibídem.

⁷⁰ Obrante en los cuadernos N° 2, 3 y 4 de anexos, los cuales constan de 142, 110 y 269 folios, respectivamente.

⁷¹ “*Por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional*”.

⁷² Dicha solicitud fue presentada a la Sala Plena el 7º de octubre de 2015, pero no fue considerada en esa oportunidad.

⁷³ Se reitera que a través de ese auto, el Pleno de la Corte decidió: (i) enviar la solicitud de selección a la Secretaría General de esta Corporación para que la radique y envíe a la Sala de Selección Número Dos, a fin de que ésta adopte las decisiones que correspondan; (ii) conminar al Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla para que remita el expediente a este Tribunal; y (iii) para otros casos en que se presente la misma situación, la Sala de Selección podrá: a) ordenar al juez respectivo la remisión inmediata del expediente y (b) disponer que la Secretaría General de esta Corte radique copia de la solicitud acompañada del fallo de tutela, y lo remita inmediatamente a la Sala de Selección de turno para lo de su competencia.

10.2. En sesión celebrada el 2º de diciembre de 2015, la Sala Plena examinó y accedió a lo solicitado por el Magistrado Ponente, lo cual se dio cumplimiento mediante Auto del 4 de diciembre del mismo año⁷⁴.

II. CONSIDERACIONES Y FUNDAMENTOS

A. Competencia

1. La Sala Plena de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto en los artículos 86, inciso 3, y 241, numeral 9, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

B. Cuestiones previas a resolver

2. Con base en lo anteriormente expuesto, la Sala Plena advierte la necesidad de examinar, de manera preliminar, los siguientes aspectos procesales: (i) las solicitudes de nulidad presentadas en sede de revisión; (ii) de forma conjunta, la cosa juzgada constitucional y la actuación temeraria; y (iii) la procedencia de la acción de tutela.

Primera cuestión previa: sobre las solicitudes de nulidad

3. A fin de desarrollar este asunto previo, la Sala Plena empezará por exponer el contenido de las solicitudes de nulidad formuladas por el ciudadano Wilton José Molina Siado y la empresa accionante Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S.. Posteriormente, señalará los requisitos que deben acreditarse para la procedencia de las solicitudes de nulidad elevadas durante el trámite de revisión. Por último, verificará si las peticiones de nulidad presentadas en este caso cumplen los presupuestos de procedibilidad.

Contenido de las solicitudes de nulidad

Solicitud de nulidad formulada por el señor Wilton José Molina Siado

4. El mencionado ciudadano, mediante escrito del 18 de marzo de 2015 y al actuar “*en mi calidad de actor popular y como veedor del interés jurídico nacional*”, solicitó a la Sala Séptima de Revisión decretar la nulidad del Auto del 17 de febrero de 2015, providencia con la cual

⁷⁴ Visible a folios 307 a 309 del cuaderno N° 2 de Revisión. Tal providencia fue comunicada tanto a las partes del proceso de tutela como a las empresas vinculadas al mismo.

dicha Sala de Revisión decretó como medida cautelar la suspensión de la sanción impuesta por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla al ex Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Morales Cobo, y al nuevo Superintendente, Norman Julio Muñoz, dentro del incidente de desacato promovido por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S.. Lo anterior, por considerar que el referido Auto *“agravia las normas de la carta de los derechos humanos de la corte interamericana y del debido proceso señalado en nuestra constitución”*.

5. En síntesis, el señor Molina Siado argumentó lo siguiente: *“disentimos del procedimiento adoptado por la sala séptima de revisión, en la forma como direcciono (sic) y asumió la competencia para revisar una tutela, violándose los procedimientos y principios de transparencia tanto en la selección como las formas de tomar decisiones de medidas cautelares sin tener la sala el expediente”*⁷⁵.

Solicitudes de nulidad presentadas por la empresa accionante

6. El 9º de abril de 2015, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., a través de su representante legal, solicitó, por separado, lo siguiente: (i) a la Sala Séptima de Revisión de esta Corte decretar la nulidad de lo actuado a partir del citado Auto del 17 de febrero de 2015, o en su defecto, revocar dicha providencia; y (ii) a la Sala Plena de la Corte Constitucional decretar la nulidad de todo lo actuado en el proceso de la referencia, en especial el trámite de selección. Esto, por considerar vulnerado el derecho al debido proceso de esa empresa, por las razones que a continuación se resumen:

6.1. En cuanto a lo primero, argumentó que la Corte concedió la medida provisional teniendo en cuenta sólo lo manifestado por la Supersalud en su escrito del 6 de febrero de 2015, sin revisar detenidamente el expediente, el cual, para ese momento, no había llegado a esta Corporación por causa atribuible a la entidad accionada, ya que esta última instauró acción de tutela contra el auto por medio del cual el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla rechazó la impugnación que presentó contra el fallo de tutela que en esta ocasión se revisa.

6.2. Frente a lo segundo, señaló que *“resulta suspicaz que con los cientos de procesos que llegan diariamente a la corte, el asunto que hoy nos ocupa en un sólo día haya sido radicado, ingresado a la Sala de*

⁷⁵ Folio 62 del cuaderno N° 1 de Revisión.

Selección, seleccionado, repartido y enviado al despacho del magistrado ponente, sin que el expediente hubiera llegado a la corte, cuando regularmente dicho trámite demora alrededor de un mes”⁷⁶. Por tanto, concluyó que el trámite impartido hasta ese momento por la Corte a la acción de tutela de la referencia, desconoce el debido proceso, pues no se permitió el ejercicio de su derecho de contradicción.

Requisitos que deben acreditarse para la procedencia de las solicitudes de nulidad elevadas durante el trámite de revisión

7. La Corte Constitucional ha señalado que los procesos de tutela *“pueden adolecer de vicios que afectan su validez, situación que ocurre cuando el juez omite velar por el respeto al debido proceso de las partes e intervinientes del procedimiento. Ese deber es exigible al juez constitucional, en la medida que este se encuentra vinculado a los principios de la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y a la economía procesal.*”⁷⁷

8. Esta Corporación ha indicado que *“las nulidades son irregularidades que se presentan en el marco de un proceso, que vulneran el debido proceso y que, por su gravedad, el legislador –y excepcionalmente el constituyente- les ha atribuido la consecuencia –sanción- de invalidar las actuaciones surtidas. A través de su declaración se controla entonces la validez de la actuación procesal y se asegura a las partes el derecho constitucional al debido proceso*”⁷⁸.

9. De igual manera, la Corte ha precisado que las nulidades en los trámites de tutela pueden presentarse antes y después del fallo proferido por parte de la Corte Constitucional en sede de revisión⁷⁹. Ello advierte dos momentos procesales diferentes en donde la autoridad judicial competente puede incurrir en acciones u omisiones que desconozcan el derecho al debido proceso de una de las partes o de los terceros interesados en el caso. El inciso 2° del artículo 49 del Decreto Ley 2067 de 1991, *“Por el cual se dicta el régimen procedimental de los juicios y actuaciones que deban surtirse ante la Corte Constitucional”*, permite que las partes y los terceros intervinientes aleguen la nulidad del proceso antes de la expedición del fallo, hipótesis que se activa cuando se produce una violación al derecho al debido proceso. En su jurisprudencia, la Corte⁸⁰ ha prohijado esa norma y adicionado otro

⁷⁶ Folio 90 ibídem.

⁷⁷ Sentencia T-661 de 2014.

⁷⁸ Providencia T-125 de 2010, reiterada en el Fallo T-661 de 2014.

⁷⁹ Sentencia SU-627 de 2015.

⁸⁰ Autos A-288ª de 2016, A-056 de 2016, A-034 de 2013, A-023 de 2012, A-019 de 2011 y A-026 de 2010.

contenido de derecho de construcción jurisprudencial, el cual faculta para formular la nulidad de la providencia que pone fin al proceso después de su expedición, siempre y cuando la nulidad se derive de manera directa de la sentencia.

10. En la ocurrencia de yerros que desconocen el derecho al debido proceso de las partes o interesados antes del fallo proferido por parte de la Corte Constitucional, existen varios parámetros normativos para evidenciar la inobservancia de ese derecho, y en consecuencia proveer el correctivo correspondiente. Así:

(i) El Tribunal Constitucional ha reconocido que los contenidos del artículo 29 de la Constitución son estándares relevantes para analizar los yerros acaecidos en los trámites de tutela, que quebrantan el derecho al debido proceso⁸¹.

(ii) Las Salas de la Corte han acudido a los estatutos procesales generales para identificar las irregularidades del procedimiento que desconocen el derecho al debido proceso de las partes o interesados, en razón de la ausencia de regulación detallada en tutela y a la remisión normativa a ese tipo de códigos⁸². En consecuencia, se ha manifestado que *“se aplicará en lo pertinente el Código de Procedimiento Civil –hoy Código General del Proceso–, de conformidad con la remisión que efectúa el artículo 4º del Decreto Reglamentario 306 de 1992”*⁸³. Dicha disposición normativa prevé: *“Para la interpretación de las disposiciones sobre trámite de la acción de tutela previstas por el Decreto 2591 de 1991 se aplicarán los principios generales del Código de Procedimiento Civil, en todo aquello en que no sean contrarios a dicho Decreto (...)”*.

(iii) Este juez colegiado ha considerado que el desconocimiento de las reglas procesales fijadas en los Decretos 2591 y 2067 de 1991 también pueden constituir parámetros válidos para evaluar la legalidad del trámite de tutela, por lo que son insumos que permiten identificar si se ha presentado la violación del derecho al debido proceso en esos juicios⁸⁴.

Con base en ese marco jurídico, las diversas Salas de Revisión han evaluado si en los trámites de tutela se han producido vulneraciones al

⁸¹ Autos A-205 de 2017, A-073 de 2017 y A-604 de 2016.

⁸² Sentencia T-661 de 2014 y Sentencia T-125 de 2010. En el mismo sentido, ver los Autos A-202 de 2017, A-121 de 2017, A-002 de 2017, A-554 de 2016, A-313 de 2016, A-304 de 2015, A-014 de 1997 A-002 de 1994, A-003 de 1994 y A-007 de 1994.

⁸³ Sentencia T-661 de 2014.

⁸⁴ Auto 032 de 2002.

derecho al debido proceso de las partes o interesados, al incurrir en una de las causales de nulidad señaladas en el Estatuto Procesal General, o desconocer las normas de trámite de los Decretos 2591 y 2067 de 1991 así como los contenidos sustantivos del artículo 29 de la Constitución. En algunos eventos, han declarado la nulidad del procedimiento y retrotraído la actuación al momento anterior del vicio que afectó la validez del trámite⁸⁵. En otros eventos, han subsanado dicho yerro, conforme al procedimiento que indica el estatuto procesal⁸⁶, o han inaplicado tal normatividad para adoptar una decisión y proteger los derechos fundamentales del afectado⁸⁷.

11. Aunado a lo anterior, la Corte ha exigido a las peticiones de nulidad ocurridas y formuladas antes del fallo de revisión algunos requisitos formales. Tales condiciones se han construido a partir del inciso primero del artículo 135 de la ley 1564 y son⁸⁸: (i) ostentar legitimación para proponerla; (ii) expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, esto es, la necesidad de que la solicitud cumpla con una carga argumentativa para desvirtuar la validez del proceso⁸⁹; y (iii) aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.

12. Por su parte, el inciso final de esa misma disposición normativa establece que: “*el juez **rechazará de plano** la solicitud de nulidad que se funde en causal distinta de las determinadas en este capítulo o en hechos que pudieron alegarse como excepciones previas, o la que se proponga después de saneada o por quien carezca de legitimación.*” (Negrilla fuera del texto original). Es claro que ante el incumplimiento de cualquiera de las tres exigencias enunciadas, la autoridad judicial debe rechazar de plano la solicitud de nulidad presentada.

13. La vulneración del derecho del debido proceso producto de la sentencia proferida por parte de la Corte Constitucional, esta Corporación ha indicado que las peticiones de nulidad contra las decisiones de este tribunal que ponen fin a los procesos de tutela se encuentran regidas por la excepcionalidad. La procedibilidad de dichas postulaciones se restringe a la evaluación de la validez de la providencia atacada y no a un juicio sobre la corrección jurídica de la misma. En esas circunstancias, se debe constatar que alguna sala de revisión vulneró de manera grave y evidente el derecho al debido proceso de las partes o de los terceros con

⁸⁵ Autos A-202 de 2017, A-002 de 2017, A-295 de 2014, 363 de 2014, A-271^a de 2011, A-381 de 2008, A-084 de 2008, A-156 de 2006, A-267 de 2001 y A-033 de 2000.

⁸⁶ Autos A-267 de 2017, A-071 de 2016, A-536 de 2015, A-065 de 2013, A-113 de 2012, A-025A de 2012, A-165 de 2011, A-288 de 2009, A-002 de 2005 y A-091 de 2002.

⁸⁷ Sentencia T-661 de 2014.

⁸⁸ Auto 121 de 2017.

⁸⁹ Auto 554 de 2016.

interés, al emitir la providencia⁹⁰. En esa labor, la Corte ha indicado que la solicitud de nulidad de una providencia cuenta con exigencias formales y materiales, cuyo origen es pretoriano o judicial⁹¹.

Los requisitos formales son condiciones de procedibilidad que permiten que este Tribunal entre a evaluar la presunta vulneración del derecho al debido proceso de las partes o de los afectados con la decisión⁹². Esos requisitos son la oportunidad para formular la solicitud de nulidad, la legitimidad para ello y la carga argumentativa que deben tener esas postulaciones. Los requisitos materiales pretenden evaluar la ocurrencia de hipótesis que producen la vulneración al debido proceso de las partes o terceros con interés por la misma providencia.

Verificación del cumplimiento de los presupuestos de procedibilidad de las solicitudes de nulidad presentadas

14. La Sala precisa que los vicios de nulidad denunciados ocurrieron en el trámite de la acción de tutela de la referencia y antes de la presente sentencia, por lo que se aplicará el marco jurídico establecido para evaluar las irregularidades acaecidas antes de la Sentencia de Revisión que profiera las Salas Plena o de Revisión. Así pasa la Corporación a verificar si las solicitudes de nulidad presentadas por el ciudadano Wilton José Molina Siado y la empresa accionante Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., reúnen cada uno de los presupuestos señalados en el aparte anterior para los yerros acaecidos en el trámite de tutela antes de la sentencia de la Corte Constitucional.

Respecto a la solicitud de nulidad formulada por el señor Molina Siado

15. La Sala encuentra que incumple el primer requisito de procedencia, esto es, la legitimación para proponerla, por cuanto el ciudadano Wilton José Molina Siado no es parte dentro de la acción de tutela que se revisa en esta oportunidad ni tampoco se trata de un tercero con interés legítimo en la misma. Nótese que el yerro cuestionado se debe a una presunta irregularidad del trámite de tutela y no sobre los derechos objeto de amparo. En ese contexto, quien podría alegar la nulidad sería la parte procesal que resultare afectada, como ocurrió en este caso. El ciudadano Molina Siado no puede usurpar la legitimidad de Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. en el proceso constitucional, máxime cuando dicha sociedad está actuando en el marco del procedimiento y además propuso argumentos de igual connotación. Lo anterior, en razón de que se tiene

⁹⁰ Autos A-070 de 2015, A-114 de 2013, A-082 de 2010, A-015 de 2007, A-062 de 2000 y A-050 de 2000.

⁹¹ Auto A-005 de 2016.

⁹² Auto A-083 de 2012.

vedado desconocer la autonomía de los litigantes en el trámite de tutela. Así, otra persona (natural o jurídica) no puede representar los intereses de un extremo procesal, cuando éste actúa en el proceso para defender sus derechos. Una posición contraria a la descrita permitiría a terceros realizar actuaciones procesales en contra de las partes, por ejemplo, desistir de una nulidad, o dilatar el trámite en detrimento de los derechos del tutelante. Adicionalmente, el ciudadano que pretende la nulidad, en su escrito manifestó: “*actuando en mi calidad de actor popular y como veedor del interés jurídico nacional*”: El señor Molina Siado carece de la facultad para interceder por la sociedad demandante en el proceso de tutela, por cuanto no es su representante legal y tampoco tiene relación alguna con la misma, ni es titular de los derechos cuya protección invoca el accionante. En consecuencia, se rechazará de plano la presente solicitud de nulidad, con fundamento en el inciso final del artículo 135 de la Ley 1564 de 2012.

Frente a las solicitudes de nulidad elevadas por la empresa accionante

16. La Sala constata lo siguiente: a) Reúnen la exigencia de legitimación para proponerlas, toda vez que no hay duda que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. funge como parte accionante en el asunto de la referencia. b) Empero, las dos solicitudes incumplen la carga de expresar los argumentos que demuestran la existencia de una irregularidad procesal que vulnere el derecho al debido proceso de los peticionarios, dado que no se evidencia alguna razón que sustente la infracción de ese derecho. Así, la sociedad demandante cuestionó que se haya surtido el trámite de selección por la Corte Constitucional, procedimiento sin el cual las decisiones de tutela analizadas no harían tránsito a cosa juzgada, es decir, es una fase obligatoria. Además, las censuras propuestas por la actora no se enmarcan en alguna de las causales de nulidad establecidas en el artículo 133 del Código General del Proceso. Tampoco se dirigen a señalar un desconocimiento de las reglas procesales fijadas en los Decretos 2591 y 2067 de 1991, por ejemplo jamás explicó que la actuación de la Corte hubiese sido arbitraria. La censura de nulidad propuesta ni siquiera formuló alguna premisa que cuestionara el comportamiento de la Corte Constitucional ni discute que ésta tenía competencia sobre la causa desde la emisión del fallo de segunda instancia. En esencia, la empresa solicitante se limitó a manifestar su inconformidad con el trámite que realizó la Corte en relación con el ingreso, selección y reparto del expediente de tutela, sin advertir la forma en que esa actuación había inobservado su derecho al debido proceso. Por consiguiente, también se rechazarán de plano las solicitudes de nulidad presentadas por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S..

Segunda cuestión previa: sobre la cosa juzgada constitucional y la actuación temeraria en materia de tutela

17. Para desarrollar este asunto previo, la Sala Plena iniciará por hacer una breve presentación del caso. Luego, reiterará las reglas jurisprudenciales que determinan la cosa juzgada constitucional y la actuación temeraria en materia de tutela. Finalmente, de manera conjunta, verificará si existe cosa juzgada constitucional y/o temeridad en el presente asunto.

Presentación del caso

18. La entidad accionada solicitó el rechazo de la acción de tutela, por configurarse el fenómeno de cosa juzgada constitucional. Indicó que existe identidad de objeto y causa entre la presente solicitud de amparo y las acciones de tutela formuladas el 7 de noviembre de 2013 y el 30 de mayo de 2014 por Salud Andina EPS S.A. y la Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., respectivamente. Agregó que estas circunstancias constituyen un abuso del derecho, dadas las evidentes conductas de mala fe y temeridad, actuaciones que a su juicio deben sancionarse.

19. Frente a tales argumentos, en la sentencia de tutela de única instancia que se revisa, el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla expuso lo siguiente:

19.1. Es inexistente la cosa juzgada constitucional, toda vez que no hay identidad de partes, causa y objeto. Si bien, en principio, podría haber identidad de objeto entre la acción de tutela instaurada por Salud Andina EPS S.A. y la que se revisa ahora, debe tenerse en cuenta que en la última de ellas se presenta un hecho nuevo que no fue analizado en la primera acción de amparo, como es el ejercicio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho por parte de la referida EPS. Además, tampoco puede predicarse la firmeza y el tránsito a cosa juzgada de la sentencia proferida dentro del amparo solicitado por la Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., hasta tanto se lleve a cabo el procedimiento de revisión eventual en la Corte Constitucional.

19.2. No se evidencia temeridad, puesto que el hecho nuevo, referente al ejercicio de la acción contenciosa administrativa, no fue objeto de estudio en los fallos de primera y segunda instancias dictados en el proceso de tutela promovido por Salud Andina EPS S.A., sin que se pudiera establecer si ese mecanismo de defensa judicial es eficaz para la protección de los derechos fundamentales reclamados.

Reglas que determinan la cosa juzgada constitucional y la temeridad en materia de tutela. Reiteración de jurisprudencia

20. La Corte Constitucional, en reiteradas oportunidades⁹³, se ha pronunciado sobre las instituciones de cosa juzgada constitucional y la temeridad, lo cual ha proporcionado pautas y parámetros orientados a que la ciudadanía en general y los jueces de la República las acaten y apliquen de forma correcta y adecuada, según las circunstancias de cada caso concreto. Al respecto, se sintetizan las siguientes reglas jurisprudenciales:

21. En lo concerniente a la cosa juzgada constitucional⁹⁴, esta Corporación ha sostenido que se configura cuando entre dos o más acciones de tutela se constatan los siguientes aspectos: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa; e (iii) identidad de objeto.

21.1. Existe identidad de partes en el caso que *“ambas acciones de tutela se dirijan contra el mismo demandado y, a su vez, sean propuestas por el mismo sujeto en su condición de persona natural, ya sea obrando a nombre propio o a través de apoderado judicial, o por la misma persona jurídica a través de cualquiera de sus representantes legales”*⁹⁵.

21.2. La identidad de causa se configura en la medida que *“el ejercicio simultáneo o sucesivo de la acción se fundamente en unos mismos hechos que le sirvan de causa”*⁹⁶.

21.3. Hay identidad de objeto cuando *“las demandas busquen la satisfacción de una misma pretensión tutelar o el amparo de un mismo derecho fundamental”*⁹⁷.

22. Aunado a lo anterior, la Corte ha señalado que la cosa juzgada constitucional en materia de tutela se consolida una vez ocurrida alguna de estas dos situaciones: (i) cuando la solicitud de amparo es excluida para su revisión por parte de la Corte Constitucional; o (ii) cuando es seleccionada y resuelta por esa misma Corporación⁹⁸.

⁹³ Ver Sentencias SU-713 y T-981 de 2006; T-310 y T-634 de 2008; T-507 y T-926 de 2010; T-053 y T-151 de 2012; T-661 de 2013; T-137, T-304, SU-377, T-435, T-644 y T-891 de 2014; T-008, SU-055, T-057, T-069, T-096 y T-537 de 2015, entre otras.

⁹⁴ En relación con la cosa juzgada constitucional en materia de tutela, consultar, entre otros, los Fallos SU-713 de 2006; T-053 de 2012; T-661 de 2013; T-137, SU-377, T-435, T-644 y T-891 de 2014; SU-055, T-057 y T-537 de 2015.

⁹⁵ Providencia SU-713 de 2006.

⁹⁶ Ibídem.

⁹⁷ Ib..

⁹⁸ Al respecto, ver la Sentencia T-137 de 2014, entre otras.

23. Frente a la actuación temeraria, básicamente son los mismos requisitos que dan lugar a la cosa juzgada constitucional, junto con un presupuesto adicional. En efecto, esta Corte ha indicado que existe temeridad cuando entre dos o más acciones de tutela se presentan las siguientes circunstancias: (i) identidad de partes; (ii) identidad de causa; (iii) identidad de objeto; y (iv) la ausencia de justificación en la formulación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso o de mala fe por parte del libelista⁹⁹.

24. En cuanto a la última regla jurisprudencial de la actuación temeraria, este Tribunal ha precisado que una actuación es dolosa o de mala fe cuando: “(i) resulta amañada, en la medida en que el actor se reserva para cada demanda los argumentos o pruebas que convalidan sus pretensiones¹⁰⁰; (ii) denote el propósito desleal de obtener la satisfacción del interés individual a toda costa, jugando con la eventualidad de una interpretación judicial que, entre varias, pudiera resultar favorable¹⁰¹; (iii) deje al descubierto el abuso del derecho porque deliberadamente y sin tener razón, de mala fe se instaura la acción¹⁰²; o finalmente (iv) se pretenda a través de personas inescrupulosas asaltar la buena fe de los administradores de justicia¹⁰³”¹⁰⁴.

25. Esta Corporación también ha señalado que no hay temeridad cuando: “luego de presentada una acción de tutela en donde se exponen unos hechos y derechos concretos, con posterioridad pueda presentarse otra por el mismo solicitante y con base en similares hechos y derechos, pero con la connotación de que han surgido elementos nuevos o adicionales que varían sustancialmente la situación inicial. En esos casos sí es procedente la acción y no podría ser catalogada como temeraria¹⁰⁵”¹⁰⁶.

26. En consonancia con lo expuesto, y como una de las decisiones a adoptar por parte de los operadores judiciales ante la comprobación de cosa juzgada constitucional y/o una actuación temeraria, el inciso primero del artículo 38 del Decreto 2591 de 1991 (reglamentario de la

⁹⁹ Referente a temeridad, ver las Sentencias T-883 de 2001; T-662 de 2002; T-951, T-410 y T-1303 de 2005; T-568, SU-713 y T-981 de 2006; T-310 y T-634 de 2008; T-507 y T-926 de 2010; T-053 y T-151 de 2012; T-137, T-304, SU-377 y T-644 de 2014; T-008, SU-055, T-057, T-069, T-096 y T-537 de 2015, entre otras.

¹⁰⁰ “Sentencia T-149 de 1995 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz”.

¹⁰¹ “Sentencia T-308 de 1995. MP. Jose Gregório Hernandez Galindo”.

¹⁰² “Sentencia T-443 de 1995. M.P. Alejandro Martínez Caballero”.

¹⁰³ “Sentencia T-001 de 1997. M.P. Jose Gregório Hernandez Galindo”.

¹⁰⁴ Estas sub reglas se puntualizaron en la Sentencia SU-713 de 2006, las cuales se reiteraron, entre otras, en las Providencias T-560 de 2009, y recientemente, en la SU-055 y la T-537 de 2015.

¹⁰⁵ “Sentencia T-707 de 2003 MP. Álvaro Tafur Galvis”.

¹⁰⁶ Posición reiterada en las Sentencias T-1034 de 2005 y T-053 de 2012, entre otras.

acción de tutela) prevé el rechazo de todas las acciones de tutela. Así reza dicha disposición normativa: “*Cuando sin motivo expresamente justificado la misma acción de tutela sea presentada por la misma persona o su representante ante varios jueces o tribunales, se rechazarán o decidirán desfavorablemente todas las solicitudes.*”

Verificación de cosa juzgada constitucional y/o temeridad en el presente asunto objeto de revisión

27. Pasa la Sala Plena a verificar si en este caso se configuran la cosa juzgada constitucional y/o temeridad. Para tal cometido, de forma conjunta, se examinarán cada una de las circunstancias que deben presentarse para la existencia de los mencionados fenómenos procesales, pues como se explicó en precedencia, estas instituciones jurídicas comparten tres elementos (identidad de partes, identidad de causa e identidad de objeto). Si resultaren acreditados dichos requisitos, la Sala estudiará el presupuesto adicional que contiene la temeridad: la ausencia de justificación en la formulación de la nueva demanda, vinculada a un actuar doloso o de mala fe por parte del libelista.

28. Para mejor proveer, la Sala Plena denominará como *tutela uno* la acción formulada por Salud Andina EPS S.A., la cual se resolvió en segunda instancia el 11 de diciembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá (radicado Corte T-4.259.553). Como *tutela dos* la demanda instaurada por Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S.¹⁰⁷, que se decidió en segunda instancia el 4 de agosto de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla (radicado Corte T-4.621.346). Y como *tutela tres* la acción formulada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., la cual se resolvió en única instancia el 1º de septiembre de 2014 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, y que se revisa en esta oportunidad (radicado Corte T-4.770.440).

De la identidad de partes

29. Examinado el material probatorio obrante en el expediente¹⁰⁸, la Sala encuentra que, si bien en los tres procesos fungió en el extremo

¹⁰⁷ Esta fundación fue una de las empresas accionistas que constituyó a Salud Andina EPS S.A., pero posteriormente cedió el 100% de sus acciones a Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P..

¹⁰⁸ La Sala Plena efectuará el análisis con base en los siguientes fallos de tutela: (i) el proferido en segunda instancia el 11 de diciembre de 2013 por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, dentro de la acción de tutela formulada por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud (visible a folios 265 a 272 del cuaderno inicial); y (ii) el también dictado en segunda instancia el 4 de agosto de 2014 por el Juzgado Séptimo Penal del Circuito con Funciones de

accionado la Superintendencia Nacional de Salud (Supersalud), circunstancia que sin esfuerzo alguno denota la existencia de identidad de partes por pasiva; lo cierto es que en las *tutelas uno, dos y tres* no hay identidad de partes accionantes, ya que fueron personas jurídicas distintas las que en cada caso formularon acción de tutela, tal y como a continuación se demuestra.

30. En la *tutela uno* figuró como demandante Salud Andina EPS S.A.¹⁰⁹, identificada con NIT. 900.492.331-8. y representada legalmente por el señor Rafael Leonidas Lugo Pérez¹¹⁰. En la *tutela dos* lo hizo Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S., con NIT. 900.213.194-1 y la señora Dayana Paola Mosquera Caicedo como su representante legal¹¹¹. Por su parte, en la *tutela tres* procedió Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., identificada con NIT. 900.053.991-6 y representada legalmente por el señor Ricardo Novoa Acevedo¹¹².

31. Con base en lo verificado, para la Sala Plena es clara la inexistencia de cosa juzgada constitucional y temeridad en el presente asunto, ante la falta de identidad de partes por activa en las *tutelas uno, dos y tres*. Por consiguiente, la Sala considera innecesario continuar con el análisis de los demás requisitos que integran dichos fenómenos procesales, especialmente el presupuesto adicional que contiene la temeridad.

Tercera cuestión previa: sobre la procedencia de la acción de tutela

32. En atención a la declaratoria de improcedencia de la acción de tutela que solicitó la Supersalud en su escrito de contestación, en este último aspecto preliminar, la Sala Plena comenzará por reiterar las reglas jurisprudenciales que determinan los requisitos de legitimación en la causa por activa, subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional. Seguidamente, comprobará si la solicitud de amparo en comentario cumple dichas exigencias.

Conocimiento de Barranquilla, dentro de la acción de tutela instaurada por Fundación Social Santo Tomás de Villanueva I.P.S. contra la Supersalud (visible a folios 275 a 285 del cuaderno inicial).

¹⁰⁹ Se pone de presente que la composición accionaria de Salud Andina EPS S.A. es de la siguiente manera: (i) Ceamed IPS S.A., 650.000 acciones, 10%; (ii) Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., 650.000 acciones, 10%; (iii) Inversiones Novel & CIA. S.C.A., 1.300.000 acciones, 20%; (iv) Gestión Ambiental Internacional S.A. E.S.P., 1.300.000 acciones, 20%; e (v) Inversiones Clínicas Andinas S.A.S., 2.600.000 acciones, 40%. Para un total de 6.500.000 acciones, equivalentes al 100%.

¹¹⁰ Así consta en el certificado de existencia y representación legal expedido el 18 de febrero de 2015, visible a folios 317 a 319 del cuaderno N° 1 de anexos.

¹¹¹ Según aparece en el certificado de existencia y representación legal expedido el 18 de octubre de 2013, visible a folios 205 a 207 del cuaderno inicial.

¹¹² Así consta en el certificado de existencia y representación legal expedido el 18 de febrero de 2015, visible a folios 326 y 327 del cuaderno N° 1 de anexos.

Reglas que determinan la legitimación en la causa por activa de las personas jurídicas en la acción de tutela

33. El artículo 86 de la Carta Política¹¹³ establece que cualquier persona, por sí misma o a través de otra que actúa en su nombre, puede promover la acción de tutela. En desarrollo de ese precepto superior, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991¹¹⁴ dispone que la persona que vea vulnerados o amenazados sus derechos fundamentales puede ejercer la acción de tutela, para que ella o su representante conjure esa situación. Además, prevé que un tercero agencie los derechos del afectado y solicite su protección, cuando el titular de aquellos se encuentra imposibilitado de solicitar su salvaguarda¹¹⁵.

34. La redacción de la norma constitucional y la disposición legal han permitido que la jurisprudencia de la Corte reconozca que las personas jurídicas son titulares de algunos derechos fundamentales¹¹⁶, lo cual conduce a un escenario en el cual pueden acudir al juez de tutela para solicitar la protección de sus derechos, siendo evidente que lo hacen siempre por interpuesta persona¹¹⁷, es decir, a través de sus representantes legales o apoderados judiciales. La titularidad de la acción de tutela también se ha reconocido a personas jurídicas de derecho público o con capital mixto¹¹⁸, caso en el que la representación judicial puede ser ejercida por otros funcionarios de la entidad, cuando así lo dispongan las normas que definan la estructura de la misma¹¹⁹, y a personas jurídicas extranjeras extendiendo el régimen de las personas jurídicas en general¹²⁰.

¹¹³ “Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.”

¹¹⁴ “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.” (Negrilla fuera del texto original).

¹¹⁵ Providencia T-069 de 2015, reiterada en la Sentencia T-083 de 2016.

¹¹⁶ Ver fallo T-411 de 1992. Los derechos fundamentales más comúnmente asociados con la titularidad directa de las personas jurídicas son el debido proceso, igualdad, intimidad, el buen nombre, la inviolabilidad de la correspondencia, del domicilio y de los papeles privados, la libertad de asociación sindical, acceso a la justicia, información y habeas data.

¹¹⁷ Algunas sentencias se apartan de esta posición, indicando que la persona jurídica actúa directamente cuando la tutela es interpuesta por su representante legal, o indirectamente, cuando lo hace a través de un apoderado judicial: “Por otra parte, la Corte ha establecido que para considerar legitimada a una persona jurídica, en la interposición de la acción de amparo constitucional, es necesario que ésta actúe por intermedio de su representante legal, bien para instaurar la acción en forma directa, ya para conferir el correspondiente poder”. (Providencia T-974 de 2003).

¹¹⁸ Pronunciamientos T-463 de 1992 y SU-182 de 1998.

¹¹⁹ Sentencia T-889 de 2013.

¹²⁰ Fallos T-463 de 1992, T-663 de 1992 y SU-2019 de 2003.

35. Esta Sala destaca que cuando una persona moral nace a la vida jurídica, adquiere una autonomía que la independiza de los intereses individuales de sus socios, de tal manera que se obliga independientemente de ellos y constituye un patrimonio autónomo, alejado del control individual de los aportantes. En ese sentido, resulta válido señalar que al surgir la persona jurídica producto del ejercicio del derecho de asociación concretado en la constitución de sociedades (especialmente las de capital, como en la situación que se analiza en este caso), los intereses de los accionistas o aportantes se disocia de aquel de la persona jurídica creada.

36. Desde sus inicios, este Tribunal ha precisado que la persona jurídica *“es apta para la titularidad de derechos y deberes por su racionalidad y por su autonomía. La aptitud es la adecuada disposición para dar o recibir, para hacer o soportar algo, y la persona jurídica puede (tiene la dimensión jurídica de la facultad) y también debe (soporta el deber frente a sus miembros y frente a otras personas jurídicas o naturales); por tanto tiene adecuada disposición para que se le otorguen o reconozcan derechos y deberes. (...)*

*Este tipo de entidad al ser racional y autónoma es por sí (per se), no por otro, es decir, es persona (personare), De alguna manera es substancial; y todo lo substancial es un supuesto, y el supuesto es sujeto, y si éste es racional y autónomo, sin duda alguna tiene que ser sujeto de derechos y deberes. Luego la persona jurídica es una entidad que se expresa jurídicamente como sujeto de derechos y deberes.”*¹²¹

37. También se ha indicado que la titularidad de derechos fundamentales por parte de las personas jurídicas puede darse de dos formas: *“a) indirectamente: cuando la esencialidad de la protección gira alrededor de la tutela de los derechos constitucionales fundamentales de las personas naturales asociadas.*

*b) directamente: cuando las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales no porque actúan en sustitución de sus miembros, sino que lo son por sí mismas, siempre, claro está, que esos derechos por su naturaleza sean ejercitables por ellas mismas”*¹²².

38. Esta Corporación ha establecido que *“para el ejercicio de la acción de tutela, cuando una persona natural actúe a nombre de una jurídica es*

¹²¹ Providencia T-396 de 1993.

¹²² Pronunciamientos T-411 de 1992 y T-472 de 1996.

necesario acreditar la personería correspondiente y su representación”¹²³. Además, ha sostenido la Corte que “las personas jurídicas sólo están legitimadas para interponer acciones de tutela a través de sus representantes legales o apoderados judiciales”¹²⁴. Tal posición fue recientemente acogida de manera expresa y precisa al decirse que “los derechos de las personas jurídicas, por su propia naturaleza, sólo pueden ser reivindicados por los representantes legales o los apoderados judiciales de estas, bien sean de derecho público o de derecho privado.”¹²⁵ (Subraya fuera del texto original).

En refuerzo de lo anterior, se ha señalado con claridad que “una persona jurídica debe respetar las reglas de postulación previstas en la Constitución y en el Decreto 2591 de 1991, de manera que sea impetrada por su representante legal, directamente o a través de apoderado.”¹²⁶

En armonía con esos parámetros, la Sala Plena advierte que las empresas socias o accionistas no pueden representar a la sociedad de la que hacen parte para formular acción de tutela, por cuanto ésta última es una persona jurídica autónoma e independiente que está en capacidad de velar por sí misma la protección de sus derechos fundamentales, como ya se expuso, mediante su representante legal o a través de un adecuado apoderamiento judicial.

39. Ahora bien, de la posibilidad de que una persona jurídica actúe en defensa de sus trabajadores o clientes, la acción de tutela sólo sería admisible en el caso de acreditarse la calidad de agente oficioso de esta, en ausencia de cuya acreditación la tutela se torna improcedente por falta de legitimación en la causa por activa¹²⁷. Así lo ha dicho la Corporación: “En cuanto a la posibilidad de que los representantes legales de personas jurídicas de cualquier naturaleza interpongan acciones de tutela en defensa de derechos fundamentales de sus miembros - llámense socios, asociados, cooperados, etc., o de sus empleados o servidores- , en principio la Sala rechaza esta posibilidad, salvo que se trate de eventos de agencia oficiosa, que sólo tienen cabida cuando el titular de los derechos no esté en condiciones de promover su propia defensa, y que exige que en la misma solicitud de tutela se exprese que se actúa en tal condición. (Decreto 2591 de 1991, art. 10).”¹²⁸

¹²³ Fallo T-430 de 1992.

¹²⁴ Sentencia T-889 de 2013.

¹²⁵ Providencia T-073 de 2017.

¹²⁶ Fallo T-317 de 2013. Esa misma regla se puede ver en las sentencias T-738 de 2007 y T-638 de 2011.

¹²⁷ Ver pronunciamientos T-1191 de 2004, T-362 de 2005 y T-086 de 2010.

¹²⁸ Providencia T-1191 de 2004.

40. La excepción a esa última regla la constituye el caso de los sindicatos y ONG's¹²⁹. Al respecto se ha señalado: *“Desde luego -digámoslo una vez más- los empleados de Colgate podían acudir a la acción de tutela -directa o indirectamente- pero, eso sí, para la defensa de sus propios derechos fundamentales -como trabajadores individualmente considerados-, no para la protección de los que hubieran de corresponder al Sindicato, pues en tal evento era menester que a nombre de él se actuara y que se acreditara la representación legal de la persona jurídica.”*¹³⁰

41. Con base en lo expuesto en precedencia, la Sala identifica los siguientes parámetros jurisprudenciales de la legitimación en la causa por activa de las personas jurídicas en la acción de tutela:

(i) Las personas jurídicas están facultadas para formular acciones de tutela en nombre propio o como agentes oficiosos de sus socios.

(ii) La solicitud de amparo por parte de las personas jurídicas debe hacerse, *prima facie*, por medio de sus representantes legales. También se permitiría que se actuara a través de un adecuado apoderamiento judicial, y, extraordinariamente, en virtud de una agencia oficiosa.

(iii) La titularidad de los derechos fundamentales de las personas jurídicas se manifiesta de manera directa e indirecta. La primera de ellas cuando atienden a sus particularidades como entes morales y, dentro de los que pueden ampararse mediante la acción de tutela se incluye el derecho al debido proceso. La segunda cuando la esencialidad de la protección gira alrededor del amparo de los derechos fundamentales de las personas naturales asociadas.

(iv) La persona jurídica está en capacidad de velar por la protección de sus propios derechos, es decir, se descarta que sus socios actúen para la salvaguarda de sus intereses, de los cuales debe dissociarse la titularidad de sus derechos fundamentales.

Reglas que determinan la subsidiariedad como presupuesto de procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos

42. En reiteradas oportunidades, la Corte Constitucional ha reafirmado que, conforme al artículo 86 de la Carta Política, la acción de tutela es un medio de protección de carácter residual y subsidiario, que puede

¹²⁹ Ver fallo T-1191 de 2004.

¹³⁰ Sentencia T-550 de 1993.

utilizarse frente a la vulneración o amenaza de derechos fundamentales cuando no exista otro medio idóneo de defensa de lo invocado, o existiéndolo, no resulte oportuno o se requiera acudir al amparo como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable¹³¹.

43. En desarrollo de lo anterior, esta Corporación ha señalado lo siguiente: (i) si hubieren otras instancias judiciales que resultaren eficaces para alcanzar la protección que se reclama, el interesado debe acudir a ellas, antes de pretender el amparo por vía de tutela¹³²; y (ii) la subsidiaridad implica agotar previamente los medios de defensa legalmente disponibles al efecto¹³³, pues la acción tutelar no puede desplazar los mecanismos judiciales específicos previstos en la correspondiente regulación común¹³⁴.

44. Respecto al ámbito del derecho administrativo, la Corte ha establecido que la acción de tutela es improcedente como medio principal para proteger derechos fundamentales que resulten amenazados o vulnerados con ocasión de la expedición de actos administrativos¹³⁵, toda vez que, para controvertir su legalidad está previsto el respectivo mecanismo ordinario en la jurisdicción de lo contencioso administrativo¹³⁶, con el cual, desde la formulación de la demanda, como medida cautelar, se puede solicitar la suspensión de los efectos del acto que se pretenda cuestionar¹³⁷.

45. No obstante lo consignado en precedencia, este Tribunal ha admitido que, en los casos en que se acredite un perjuicio irremediable, la solicitud de amparo se torna procedente de manera transitoria y habilita al juez de tutela para suspender la aplicación del acto administrativo¹³⁸ u ordenar

¹³¹ Ver Sentencias T-1085 de 2003, T-806 de 2004, T-397 de 2008, T-629 de 2009, T-338 de 2010, T-135 de 2015 y T-379 de 2015, entre muchas otras.

¹³² Ver Providencias T-135 de 2015 y T-379 de 2015, entre otras.

¹³³ Ver, entre muchos otros, los Fallos T-742 de 2002 y T-441 de 2003.

¹³⁴ Cfr. SU-622 de 2001, reiterada en la Sentencia T-135 de 2015.

¹³⁵ Sentencias T-514 de 2003, T-435 de 2005 y T-368 de 2008, reiteradas en la T-135 de 2015.

¹³⁶ En fallo T-629 de 2008, esta Corte al referirse a la improcedencia general de la acción de tutela como mecanismo para controvertir los actos administrativos, sostuvo que “[c]iertamente, el interés que tiene la Corte en preservar el carácter subsidiario y residual de la tutela radica fundamentalmente en el respeto o independencia que tienen las diferentes jurisdicciones y la competencia exclusiva que éstas mismas tienen para resolver los conflictos propios de sus materias, en un claro afán de evitar la paulatina desarticulación de sus organismos y de asegurar el principio de seguridad jurídica”. Reiterada en la Providencia T-135 de 2015.

¹³⁷ En cuanto a la procedencia de la acción de tutela contra actos administrativos, la Corte en la Sentencia T-1231 de 2008 señaló: “Cuando se trata de solicitudes de amparo relacionadas con actos administrativos, esta Corporación ha precisado la impertinencia de la acción del amparo constitucional. Ello porque la vía para impugnar dichos actos es la contencioso administrativa y dado el carácter subsidiario de la tutela ésta resultaría improcedente, excepto como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. Reiterada en el Fallo T-135 de 2015.

¹³⁸ Artículo 7º del Decreto 2591 de 1991.

que el mismo no se ejecute¹³⁹, mientras se surte el correspondiente proceso común¹⁴⁰.

46. A propósito del perjuicio irremediable, esta Corporación ha precisado que éste debe reunir las siguientes características: *“debe ser **inminente** o próximo a suceder. Este exige un considerable grado de certeza y suficientes elementos fácticos que así lo demuestren, tomando en cuenta, además, la causa del daño. (...) el perjuicio ha de ser **grave**, es decir, que suponga un detrimento sobre un bien altamente significativo para la persona (moral o material), pero que sea susceptible de determinación jurídica. (...) deben requerirse **medidas urgentes** para superar el daño, entendidas éstas desde una doble perspectiva: como una respuesta adecuada frente a la inminencia del perjuicio, y como respuesta que armonice con las particularidades del caso. Por último, las **medidas de protección deben ser impostergables**, esto es, que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia a fin de evitar la consumación de un daño antijurídico irreparable.”*¹⁴¹

47. Con fundamento en lo expuesto, la Corte ha concluido que la acción de tutela, por regla general, resulta improcedente para dirimir conflictos que involucren derechos de rango legal, específicamente cuando se trata de controversias legales que surgen con ocasión a la expedición de actos administrativos, puesto que para la resolución de esta clase de asuntos, el legislador consagró los respectivos mecanismos judiciales ordinarios que deben emplearse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Sin embargo, este Tribunal también ha dicho que, cuando el accionante demuestre la ocurrencia de un perjuicio irremediable, el amparo se torna procedente como mecanismo transitorio, hasta tanto la persona acuda, dentro de un término perentorio, al proceso común correspondiente¹⁴².

Reglas que determinan el requisito de inmediatez

48. Como es bien sabido, este Tribunal ha puntualizado que de conformidad con el presupuesto de inmediatez, la acción de tutela debe ser utilizada en un término prudencial, esto es, con cierta proximidad y consecuencia a la ocurrencia de los hechos que se dicen violatorios y/o amenazantes de derechos fundamentales, pues es claro que la solicitud de amparo pierde su sentido y su razón de ser como mecanismo excepcional

¹³⁹ Artículo 8º del Decreto 2591 de 1991.

¹⁴⁰ Sentencia T-135 de 2015, entre otras.

¹⁴¹ Providencia T-1316 de 2001, reiterada en el Fallo T-135 de 2015, entre muchos otros.

¹⁴² Ver, entre otras, la Sentencia T-135 de 2015.

y expedito de protección, si el paso del tiempo, lejos de ser razonable, desvirtúa la inminencia y necesidad de protección constitucional¹⁴³.

49. En esa medida, para constatar el cumplimiento de dicho requisito de procedibilidad, el juez de tutela simplemente debe comprobar si resulta razonable el tiempo comprendido entre el día en que ocurrió o se conoció el hecho vulnerador y/o constitutivo de la amenaza de un derecho fundamental y, el día en que el derecho de acción se ejerció mediante la formulación de la acción de tutela¹⁴⁴.

Reglas que determinan la exigencia de relevancia constitucional

50. Esta Corte básicamente ha señalado que este presupuesto se cumple cuando se demuestra que el caso involucra algún debate jurídico que gira en torno al contenido, alcance y goce de algún derecho fundamental¹⁴⁵.

51. Adicionalmente, la Corporación ha precisado que, tratándose de acciones de tutela promovidas contra actos administrativos, debe tenerse en cuenta que la relevancia constitucional concurre siempre y cuando la controversia no sea meramente legal y/o de carácter económico, ya que al juez de tutela no le corresponde zanjar tales aspectos¹⁴⁶.

Verificación del cumplimiento de los requisitos de legitimación en la causa por activa, subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional en la tutela que se revisa

52. Pasa la Sala Plena a determinar si es procedente la acción de tutela presentada por la empresa Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Supersalud. Para tal fin, se verificará el cumplimiento sucesivo de cada uno de los siguientes presupuestos: (i) legitimación en la causa por activa, (ii) subsidiariedad, (iii) inmediatez, y (iv) relevancia constitucional. De encontrar la Sala ausente alguno de ellos, bastará para la declaratoria de improcedencia de la solicitud de amparo, sin que ello impida agotar el análisis de todos los referidos requisitos de procedibilidad.

De la legitimación en la causa por activa

53. Dada la situación fáctica del presente asunto, y con observancia de las reglas jurisprudenciales reiteradas al respecto en esta providencia, para la

¹⁴³ Al respecto, consultar, entre otras, la Providencia SU-961 de 1999.

¹⁴⁴ Fallo T-135 de 2015.

¹⁴⁵ Ver SU-617 de 2014, reiterada en el fallo T-291 de 2016.

¹⁴⁶ Ver sentencia SU-498 de 2016.

Sala es claro que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. no está legitimada en la causa por activa, por las siguientes razones:

53.1. Cuando Salud Andina EPS S.A. nació a la vida jurídica, adquirió autonomía e independencia de los derechos, obligaciones e intereses individuales de sus socios, de tal manera que se obligó independientemente de ellos y constituyó un patrimonio autónomo, alejado del control individual de los aportantes. Dicho de otra manera, al surgir esa EPS como persona jurídica producto del ejercicio del derecho de asociación concretado en la constitución de sociedades, sus derechos, obligaciones e intereses se separaron de los de sus accionistas, entre ellos, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S..

53.2. En virtud de esas prerrogativas que únicamente le asisten a Salud Andina EPS S.A. como sujeto de derechos y obligaciones, tal EPS solicitó a la Supersalud autorización para operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social. En respuesta, la Supersalud, mediante Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, rechazó dicha solicitud, al considerar que esa EPS incumplió los requisitos legales, decisión que se confirmó con la Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013.

53.3. Si llegare a caber alguna posibilidad de que razonablemente se considere una presunta vulneración iusfundamental ocasionada con la negativa de la Supersalud, ello sólo podría examinarse respecto de los derechos fundamentales de Salud Andina EPS S.A. mas no frente a los derechos de Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. que equivocadamente estima desconocidos por esa misma circunstancia, pues, según los hechos probados del asunto, a esta última no fue a la que se le negó operar en el régimen subsidiado de salud sino a la mencionada EPS como persona jurídica autónoma e independiente.

53.4. Es de precisar que los efectos de la decisión adoptada y confirmada por la Supersalud en el marco del respectivo trámite administrativo de habilitación, únicamente atañerían a los derechos fundamentales de Salud Andina EPS S.A., si fuere el caso, pues estos serían los presuntamente involucrados, y no a los derechos de Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., así como tampoco a los derechos de los socios restantes.

53.5. En esa medida, sólo la mencionada EPS, ya sea mediante su representante legal, un adecuado apoderamiento judicial o a través de la agencia oficiosa, estaría facultada para acudir a la acción de tutela con la finalidad de solicitar el amparo de los derechos fundamentales que llegare a estimar conculcados por la negativa de la Supersalud. En efecto

así lo hizo, toda vez que fue la primera en formular acción de tutela contra esa Superintendencia el 07 de noviembre de 2013, es decir, 9 meses y 13 días antes de que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. promoviera su solicitud de amparo el 20 de agosto de 2014.

53.6. Es evidente entonces que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. no tiene la representación de Salud Andina EPS S.A. para instaurar la acción de tutela, ya que tal facultad está reservada al representante legal o al apoderado judicial de dicha EPS, según quedó precisado anteriormente. Adicionalmente, la sociedad accionante no actúa como agente oficioso de Salud Andina S.A., pues ni siquiera lo manifestó y tampoco demostró la imposibilidad de esa EPS para actuar directamente; por el contrario, se constató que esta última ya había agotado el mecanismo judicial de la acción de tutela con el propósito de obtener la salvaguarda de sus derechos.

54. A la luz de ese escenario, la Sala Plena encuentra incumplido este primer presupuesto de procedibilidad, lo cual es suficiente para declarar improcedente la presente solicitud de amparo. Sin embargo, y como ya se dijo, la Sala continuara con el análisis de las exigencias de subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional.

De la subsidiariedad

55. Con base en los elementos de convicción obrantes en el expediente de tutela, la Sala Plena constata lo siguiente:

55.1. Salud Andina EPS S.A. solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud la habilitación para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

55.2. Mediante Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013¹⁴⁷, la Supersalud rechazó lo solicitado. Recurrido dicho acto por Salud Andina EPS S.A., la Supersalud, en Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013¹⁴⁸, confirmó la decisión.

55.3. Con la finalidad de que se declare la nulidad de los mencionados actos administrativos y se restablezcan los derechos presuntamente vulnerados por la Supersalud, Salud Andina EPS S.A. contaba con el mecanismo judicial idóneo y eficaz para ello, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo

¹⁴⁷ Visible a folios 85 a 90 del cuaderno inicial.

¹⁴⁸ Visible a folios 215 a 226 ibídem.

138¹⁴⁹ de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo). Además, con el ejercicio de esa acción ordinaria, dicha EPS tenía la posibilidad de solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones en cuestión, según lo previsto en el numeral 3° del artículo 230¹⁵⁰ de ese mismo cuerpo normativo.

55.4. En efecto, el 1° de abril de 2014, por medio de apoderado judicial, Salud Andina EPS S.A. formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación –Superintendencia Nacional de la Salud, para solicitar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013, así como el restablecimiento de sus derechos presuntamente conculcados; acompañada de la solicitud de suspensión provisional de los efectos de tales actos administrativos¹⁵¹.

55.5. No obstante lo anterior, el 20 de agosto de 2014, la sociedad Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. optó por instaurar la acción de tutela que se revisa, para pedir el amparo definitivo de sus derechos fundamentales a “*la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima*”, en el sentido de que se ordene a la Supersalud: (i) revocar las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año; y (ii) proferir un nuevo acto administrativo, con el cual, habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

55.6. Conforme a constancia¹⁵² expedida el 13 de agosto de 2015 por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se tiene que: (i) en ese despacho cursa en primera instancia proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud, radicado con el N° 25000-23-41-000-2014-01141-00; (ii) los actos demandados son las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de

¹⁴⁹ “**Artículo 138. Nulidad y restablecimiento del derecho.** Toda persona que se crea lesionada en un derecho subjetivo amparado en una norma jurídica, podrá pedir que se declare la nulidad del acto administrativo particular, expreso o presunto, y se le restablezca el derecho; también podrá solicitar que se le repare el daño. (...)”.

¹⁵⁰ “**Artículo 230. Contenido y alcance de las medidas cautelares.** Las medidas cautelares podrán ser preventivas, conservativas, anticipativas o de suspensión, y deberán tener relación directa y necesaria con las pretensiones de la demanda. Para el efecto, el Juez o Magistrado Ponente podrá decretar una o varias de las siguientes medidas: (...) 3. Suspender provisionalmente los efectos de un acto administrativo. (...)”.

¹⁵¹ Así consta en la copia del escrito de la demanda ordinaria que se encuentra visible a folios 46 a 130 del cuaderno N° 2 de Revisión, la cual allegó la Secretaria de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en razón a las pruebas decretadas y recaudadas en sede de revisión.

¹⁵² Visible a folio 45 del cuaderno N° 2 de Revisión.

septiembre del mismo año; (iii) a esa fecha, se estaba corriendo el traslado de las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la Supersalud, cuyo vencimiento fue el 14 de agosto de 2015.

55.7. Según Auto¹⁵³ proferido el 19 de octubre de 2015 por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dicha Corporación resolvió negar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que solicitó Salud Andina EPS S.A., como medida cautelar, en la demanda ordinaria en comentario. Ello, al concluir que no se cumplieron los requisitos necesarios para decretarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

56. Con fundamento en lo anteriormente demostrado, es evidente que:

56.1. La solicitud de amparo que es objeto de revisión se instauró pese a que Salud Andina EPS S.A. había formulado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

56.2. Por regla general, esa circunstancia constituye un desconocimiento del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991 y, lo establecido por la jurisprudencia de esta Corte, a menos que el amparo sea solicitado de manera transitoria ante la existencia de un perjuicio irremediable.

56.3. Lo que pretende Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. con la solicitud de amparo es que el juez de tutela revoque las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013, proferidas por la Supersalud en el trámite de habilitación, y ordene a esa entidad expedir un acto administrativo con el que se habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud; tal y como dispuso el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla en el fallo de única instancia que se revisa.

56.4. En esencia, tal pedido es el mismo que se busca con las pretensiones contenidas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló Salud Andina EPS S.A. en contra de la Nación - Superintendencia Nacional de la Salud.

¹⁵³ Allegado a esta Corte el 18 de diciembre de 2015 por el Superintendente Nacional de Salud, visible a folios 346 a 366 del cuaderno N° 2 de Revisión.

56.5. El referido proceso ordinario aún no ha culminado, ni siquiera la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha dictado sentencia de primera instancia.

56.6. Se advierte que la solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo y eficaz para revocar los actos administrativos en cuestión, sino el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra en curso y que únicamente le asiste a Salud Andina EPS S.A., por cuanto, mediante éste último, la referida EPS dispone de lo siguiente: (i) un escenario jurídico procesal especial, amplio y apropiado que fue concebido para debatir la legalidad de actos administrativos, en esta ocasión, las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013; y (ii) unos jueces expertos en la materia que además de garantizar un juicio oportuno, adecuado y eficaz, igualmente deben propender por la protección de los derechos que se reclamen si fuere del caso, inclusive los fundamentales.

56.7. Además, se incumplen las características que debe reunir un perjuicio irremediable para que la acción de tutela se torne procedente de manera transitoria: (i) inminente, (ii) grave, (iii) urgente y (iv) carácter impostergable del amparo que se reclama.

(i) Frente a la **inminencia**, la Sala considera que de lo alegado por la empresa accionante no se observa que sea próximo un perjuicio irremediable derivado de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a *“la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima”*.

Dicho de otra manera, en este asunto no existen elementos que conlleven a determinar que con ocasión de la negativa de la Supersalud se producirá una lesión que no se puede retrotraer a un estado anterior a la supuesta conculcación de los referidos derechos, puesto que ese presunto desconocimiento puede ser estudiado y resuelto en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se genere un daño irremediable a los derechos invocados por la parte actora. Lo anterior, si se tiene en cuenta que es una censura de legalidad contra las resoluciones que impidieron la operatividad de Salud Andina EPS S.A. en el régimen subsidiado.

(ii) Respecto a la **gravedad**, igualmente se observa su incumplimiento. Si bien los derechos invocados por la demandante podrían comportarle un interés significativo, esto no supone, *prima facie*, que el proceder de la Supersalud al rechazar la solicitud elevada por Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud, lleve consigo un detrimento iusfundamental grave que deba ser conocido y resuelto por el

juez de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo que pretende Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. no es más que el beneficio económico particular que obtendría con la operatividad de dicha EPS, lo cual sin duda alguna está por fuera de la competencia del juez de amparo, ya que la acción de tutela no fue concebida para tales propósitos.

(iii) En cuanto a las exigencias referentes a la **urgencia e impostergabilidad del amparo que se reclama**, tampoco se hallan satisfechas, toda vez que éstas no se pueden predicar de una presunta amenaza, perjuicio o daño que carezca de certeza de inminencia y gravedad. Estas dos características son la consecuente aplicación de las dos primeras, es decir, a partir de la comprobación de un perjuicio inminente y grave surge la necesidad de tomar medidas urgentes para superar el menoscabo y, así adoptar aquellas de carácter impostergables que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño irreparable.

57. Tales circunstancias son suficientes para que la Sala Plena considere que la presente acción de tutela incumple el requisito de subsidiariedad.

De la inmediatez

58. De igual manera, para la Sala es claro que la solicitud de amparo promovida por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. carece de inmediatez, dado el siguiente escenario:

58.1. El 08 de junio de 2012, Salud Andina EPS S.A. solicitó a la Supersalud que la habilitara para operar en el Régimen Subsidiado.

58.2. Por Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, la Supersalud rechazó lo solicitado. Recurrido ese acto administrativo por la referida EPS, la Supersalud, en Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013, confirmó su decisión.

58.3. Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. instauró acción de tutela contra la Supersalud el 20 de agosto 2014, es decir, 11 meses y 1 día después de que la aludida Superintendencia profirió la Resolución confirmatoria de su decisión, término que resulta altamente irrazonable.

59. Para esta Sala es incorrecto lo expuesto por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla¹⁵⁴ para explicar el cumplimiento de la exigencia de inmediatez, puesto que la

¹⁵⁴ Despacho que obró como juzgador en única instancia en el marco del presente trámite tutelar.

demora en el ejercicio de esta acción de tutela no se justifica por el hecho de que Salud Andina EPS S.A. haya formulado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Supersalud. Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. y las demás empresas socias de Salud Andina EPS S.A. no pueden alegar en beneficio propio ninguna de las actuaciones administrativas y judiciales que promueva la mencionada EPS en el ejercicio y salvaguarda de sus garantías y derechos fundamentales, toda vez que tales actuaciones únicamente le atañen a dicha EPS como persona jurídica autónoma e independiente. En conclusión, la empresa tutelante ni siquiera expuso una razón válida que justifique el ejercicio tardío de la solicitud de amparo.

De la relevancia constitucional

60. Al igual que los anteriores presupuestos, la Sala observa que el asunto examinado también carece de relevancia constitucional, pues, en esencia, la discusión gira en torno a aspectos legales y económicos, los cuales no son de competencia del juez de tutela sino del juez ordinario.

61. En efecto, la empresa accionante solicita que se ordene a la Supersalud, por una parte, revocar las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año, lo cual implica un debate estrictamente relacionado con la legalidad de tales actos administrativos, y por otra, proferir una nueva resolución mediante la cual habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud, es decir, una pretensión cuyos efectos claramente se circunscriben sólo a beneficios meramente económicos que se obtendrían con la operatividad de esa EPS.

62. Dado que se puso en evidencia el incumplimiento de los requisitos de legitimación en el causa por activa, subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional, la Sala Plena revocará el fallo de tutela proferido en única instancia por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, para en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela formulada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Superintendencia Nacional de Salud.

63. La decisión que en este fallo adoptará el Pleno de este Tribunal, no es más que el resultado obvio y natural que deriva de la aplicación correcta y adecuada de todos los postulados constitucionales, legales y jurisprudenciales que fundan, regulan y desarrollan el instituto supra constitucional de la solicitud de amparo (Art. 86 Superior).

64. Debido a que el expediente de la acción de tutela de la referencia no fue remitido en término por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla a la Corte Constitucional para su eventual revisión, la Sala Plena compulsará copias, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, del expediente **T-4.770.440**, incluida esta Sentencia, con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -o quien haga sus veces-, para que, en el ámbito de su competencia, realice las actuaciones que estime pertinentes.

Síntesis de la decisión

65. La Sala Plena de la Corte Constitucional encuentra improcedente la acción de tutela instaurada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Superintendencia Nacional de Salud, por inobservancia de los presupuestos de legitimación en el causa por activa, subsidiariedad, inmediatez y relevancia constitucional.

66. En relación con la exigencia de legitimación en la causa por activa, la Corte pone en evidencia lo siguiente:

(i) Cuando Salud Andina EPS S.A. nació a la vida jurídica, adquirió autonomía e independencia de los derechos, obligaciones e intereses individuales de sus socios, de tal manera que se obligó independientemente de ellos y constituyó un patrimonio autónomo, alejado del control individual de los aportantes. Dicho de otra manera, al surgir esa EPS como persona jurídica producto del ejercicio del derecho de asociación concretado en la constitución de sociedades, tanto sus derechos, obligaciones e intereses se separaron de los de sus accionistas, entre ellos, Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S..

(ii) En virtud de esas prerrogativas que únicamente le asisten a Salud Andina EPS S.A. como sujeto de derechos y obligaciones, tal EPS solicitó a la Supersalud autorización para operar en el Régimen Subsidiado en Salud del Sistema General de Seguridad Social. En respuesta, la Supersalud, mediante Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, rechazó dicha solicitud, al considerar que esa EPS incumplió los requisitos legales, decisión que se confirmó con la Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013.

(iii) Si llegare a caber alguna posibilidad de que razonablemente se considere una presunta vulneración iusfundamental ocasionada con la negativa de la Supersalud, ello sólo podría examinarse respecto de los derechos fundamentales de Salud Andina EPS S.A. mas no frente a los

derechos de Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. que equivocadamente estima desconocidos por esa misma circunstancia, pues, según los hechos probados del asunto, a esta última no fue a la que se le negó operar en el régimen subsidiado de salud sino a la mencionada EPS como persona jurídica autónoma e independiente. Circunstancia que deja clara la pretensión de amparo, en cuanto pide protección para los derechos supuestamente vulnerados a Salud Andina EPS S.A. y no para la accionante.

(iv) Es de precisar que los efectos de la decisión adoptada y confirmada por la Supersalud en el marco del respectivo trámite administrativo de habilitación, únicamente atañerían a los derechos fundamentales de Salud Andina EPS S.A., si fuere el caso, pues estos serían los presuntamente involucrados, y no a los derechos de Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S., así como tampoco a los derechos de los socios restantes.

(v) En esa medida, sólo la mencionada EPS, ya sea mediante su representante legal, un adecuado apoderamiento judicial o a través de la agencia oficiosa, estaría facultada para acudir a la acción de tutela con la finalidad de solicitar el amparo de los derechos fundamentales que llegare a estimar conculcados por la negativa de la Supersalud. En efecto así lo hizo, toda vez que fue la primera en formular acción de tutela contra esa Superintendencia el 07 de noviembre de 2013, es decir, 9 meses y 13 días antes de que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. promoviera su solicitud de amparo el 20 de agosto de 2014.

(vi) Es evidente entonces que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. no tiene la representación de Salud Andina EPS S.A. para instaurar la acción de tutela, ya que tal facultad está reservada al representante legal o al apoderado judicial de dicha EPS, según quedó precisado anteriormente. Adicionalmente, la sociedad accionante no actúa como agente oficioso de Salud Andina S.A., pues ni siquiera lo manifestó y tampoco demostró la imposibilidad de esa EPS para actuar directamente; por el contrario, se constató que esta última ya había agotado el mecanismo judicial de la acción de tutela con el propósito de obtener la salvaguarda de sus derechos.

67. Respecto al requisito de subsidiariedad, y según los elementos de convicción obrantes en el expediente, la Corporación señala:

(i) Salud Andina EPS S.A. solicitó a la Superintendencia Nacional de Salud la habilitación para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

(ii) Mediante Resolución N° 1485 del 13 de agosto de 2013, la Supersalud rechazó lo solicitado. Recurrido dicho acto por Salud Andina EPS S.A., la Supersalud, en Resolución N° 1744 del 19 de septiembre de 2013, confirmó la decisión.

(iii) Con la finalidad de que se declare la nulidad de los mencionados actos administrativos y se restablezcan los derechos presuntamente vulnerados por la Supersalud, Salud Andina EPS S.A. contaba con el mecanismo judicial idóneo y eficaz para ello, esto es, el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho establecido en el artículo 138 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.). Además, con el ejercicio de esa acción ordinaria, dicha EPS tenía la posibilidad de solicitar, como medida cautelar, la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones en cuestión, según lo previsto en el numeral 3° del artículo 230 de ese mismo cuerpo normativo.

(iv) En efecto, el 01 de abril de 2014, por medio de apoderado judicial, Salud Andina EPS S.A. formuló demanda de nulidad y restablecimiento del derecho en contra de la Nación –Superintendencia Nacional de la Salud, para solicitar al Tribunal Administrativo de Cundinamarca la nulidad de las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013, así como el restablecimiento de sus derechos presuntamente conculcados; acompañada de la solicitud de suspensión provisional de los efectos de tales actos administrativos.

(v) No obstante, el 20 de agosto de 2014, la sociedad Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. optó por instaurar la acción de tutela que se revisa, para pedir el amparo definitivo de sus derechos fundamentales a *“la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima”*, en el sentido de que se ordene a la Supersalud: (i) revocar las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año; y (ii) proferir un nuevo acto administrativo, con el cual, habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud.

(vi) Conforme a constancia expedida el 13 de agosto de 2015 por la Secretaría de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, se tiene que: (i) en ese despacho cursa en primera instancia proceso de nulidad y restablecimiento del derecho promovido por Salud Andina EPS S.A. contra la Supersalud, radicado con el N° 25000-23-41-000-2014-01141-00; (ii) los actos demandados son las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año; (iii) a esa fecha, se estaba corriendo el

traslado de las excepciones propuestas por el apoderado judicial de la Supersalud, cuyo vencimiento fue el 14 de agosto de 2015.

(vii) Según Auto proferido el 19 de octubre de 2015 por la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, dicha Corporación resolvió negar la suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos que solicitó Salud Andina EPS S.A., como medida cautelar, en la demanda ordinaria en comentario. Ello, al concluir que no se cumplieron los requisitos necesarios para decretarla, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley 1437 de 2011.

68. Con base en lo anteriormente demostrado, la Corte constata que:

68.1. La solicitud de amparo que es objeto de revisión se instauró pese a que Salud Andina EPS S.A. había formulado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho.

68.2. Por regla general, esa circunstancia constituye un desconocimiento del carácter residual y subsidiario de la acción de tutela, conforme a lo previsto en los artículos 86 de la Constitución Política y 6° del Decreto 2591 de 1991 y, lo establecido por la jurisprudencia de esta Corte, a menos que el amparo sea solicitado de manera transitoria ante la existencia de un perjuicio irremediable.

68.3. Lo que pretende Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. con la solicitud de amparo es que el juez de tutela revoque las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013, proferidas por la Supersalud en el trámite de habilitación, y ordene a esa entidad expedir un acto administrativo con el que se habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud; tal y como dispuso el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla en el fallo de única instancia que se revisa.

68.4. En esencia, tal pedido es el mismo que se busca con las pretensiones contenidas en la demanda de nulidad y restablecimiento del derecho que formuló Salud Andina EPS S.A. en contra de la Nación - Superintendencia Nacional de la Salud.

68.5. El referido proceso ordinario aún no ha culminado, ni siquiera la Subsección A de la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha dictado sentencia de primera instancia.

68.6. Se advierte que la solicitud de amparo no es el mecanismo idóneo y eficaz para revocar los actos administrativos acusados, sino el medio de

control de nulidad y restablecimiento del derecho que se encuentra en curso y que únicamente le asiste a Salud Andina EPS S.A., por cuanto, mediante éste último, la referida EPS dispone de lo siguiente: (i) un escenario jurídico procesal especial, amplio y apropiado que fue concebido para debatir la legalidad de actos administrativos, en esta ocasión, las Resoluciones N° 1485 y 1744 de 2013; y (ii) unos jueces expertos en la materia que además de garantizar un juicio oportuno, adecuado y eficaz, igualmente deben propender por la protección de los derechos que se reclamen si fuere del caso, inclusive los fundamentales.

68.7. Además, se incumplen las características que debe reunir un perjuicio irremediable para que la acción de tutela se torne procedente de manera transitoria: (i) inminente, (ii) grave, (iii) urgente y (iv) carácter impostergable del amparo que se reclama.

(i) No concurre la inminencia, dado que de lo alegado por la empresa accionante no se observa que sea próximo un perjuicio irremediable derivado de la presunta vulneración de sus derechos fundamentales a *“la legalidad, aportar y controvertir pruebas, libre competencia y confianza legítima”*.

Dicho de otra manera, en el asunto no existen elementos que conlleven a determinar que con ocasión de la negativa de la Supersalud se producirá una lesión que no se puede retrotraer a un estado anterior a la supuesta conculcación de los referidos derechos, puesto que ese presunto desconocimiento puede ser estudiado y resuelto en el trámite de nulidad y restablecimiento del derecho, sin que se genere un daño a los derechos invocados por la parte actora. Lo anterior, si se tiene en cuenta que es una censura de legalidad contra las resoluciones que impidieron la operatividad de Salud Andina EPS S.A. en el régimen subsidiado.

(ii) Se carece de gravedad, en el entendido de que si bien los derechos invocados por la demandante podrían comportarle un interés significativo, esto no supone, *prima facie*, que el proceder de la Supersalud al rechazar la solicitud elevada por Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud, lleve consigo un detrimento iusfundamental grave que deba ser conocido y resuelto por el juez de tutela. Lo anterior, teniendo en cuenta que lo que pretende Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. no es más que el beneficio económico particular que obtendría con la operatividad de dicha EPS, lo cual sin duda alguna está por fuera de la competencia del juez de amparo, ya que la acción de tutela no fue concebida para tales propósitos.

(iii) Se hallan insatisfechas las características de urgencia e impostergabilidad del amparo que se reclama, ya que éstas no se predicán de una presunta amenaza, perjuicio o daño que carezca de certeza de inminencia y gravedad. Estas dos exigencias son la consecuente aplicación de las dos primeras, es decir, a partir de la comprobación de un perjuicio inminente y grave surge la necesidad de tomar medidas urgentes para superar el menoscabo y, así adoptar aquellas de carácter impostergables que respondan a criterios de oportunidad y eficiencia, a fin de evitar la consumación de un daño irreparable.

69. En cuanto al presupuesto de inmediatez, este Tribunal da cuenta de que Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. instauró acción de tutela contra la Supersalud el 20 de agosto 2014, es decir, 11 meses y 1 día después de que la aludida Superintendencia profirió la Resolución confirmatoria de su decisión, término que resulta altamente irrazonable.

Para la Corte es incorrecto lo expuesto por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla para explicar el cumplimiento de la exigencia de inmediatez, puesto que la demora en el ejercicio de esta acción de tutela no se justifica por el hecho de que Salud Andina EPS S.A. haya formulado demanda de nulidad y restablecimiento del derecho contra la Supersalud. Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. y las demás empresas socias de Salud Andina EPS S.A. no pueden alegar en beneficio propio ninguna de las actuaciones administrativas y judiciales que promueva la mencionada EPS en el ejercicio y salvaguarda de sus garantías y derechos fundamentales, toda vez que tales actuaciones únicamente le atañen a dicha EPS como persona jurídica autónoma e independiente. Se concluye entonces que la empresa tutelante ni siquiera expuso una razón válida que justifique el ejercicio tardío de la solicitud de amparo.

70. Frente al requisito de relevancia constitucional, la Corporación observa que el asunto examinado también carece de dicho presupuesto, pues, en esencia, la discusión gira en torno a aspectos legales y económicos, los cuales no son de competencia del juez de tutela sino del juez ordinario. En efecto, la empresa accionante solicita que se ordene a la Supersalud, por una parte, revocar las Resoluciones N° 1485 del 13 de agosto de 2013 y 1744 del 19 de septiembre del mismo año, lo cual implica un debate estrictamente relacionado con la legalidad de tales actos administrativos, y por otra, proferir una nueva resolución mediante la cual habilite a Salud Andina EPS S.A. para operar en el Régimen Subsidiado en Salud, es decir, una pretensión cuyos efectos claramente se circunscriben sólo a beneficios meramente económicos que se obtendrían con la operatividad de esa EPS.

71. Todas estas circunstancias conducen a la revocatoria del fallo de tutela proferido en única instancia, para en su lugar, declarar improcedente la acción de tutela de la referencia.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso de tutela.

SEGUNDO.- LEVANTAR las medidas cautelares decretadas en el proceso de la referencia.

TERCERO.- RECHAZAR la solicitud de nulidad presentada en el proceso de la referencia el 18 de marzo de 2015 por el ciudadano Wilton José Molina Siado, por las razones señaladas en la presente Providencia.

CUARTO.- RECHAZAR sendas solicitudes de nulidad presentadas el 9 de abril de 2015 por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. en el proceso de la referencia, de conformidad con lo expuesto en este Fallo.

QUINTO.- REVOCAR la Sentencia proferida en única instancia el 1 de septiembre de 2014 por el Juzgado Noveno Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de Barranquilla, mediante la cual, se concedió el amparo solicitado dentro de la acción de tutela instaurada por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra la Superintendencia Nacional de Salud. En su lugar, **DECLARAR IMPROCEDENTE** la mencionada acción de tutela, por las razones expuestas en la presente Providencia.

SEXTO.- DEJAR SIN EFECTO todas las actuaciones del incidente de desacato promovido por Agropecuaria El Roble del Caribe S.A.S. contra el ex Superintendente Nacional de Salud, Gustavo Morales Cobo, el cual posteriormente asumió el Superintendente Nacional de Salud Norman Julio Muñoz.

SÉPTIMO.- COMPULSAR COPIAS, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, del expediente **T-4.770.440**, incluido este Fallo, con destino a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura -o quien haga sus veces-, para que, en el ámbito de su competencia, realice las actuaciones que estime pertinentes.

OCTAVO.- Por Secretaría General, **LÍBRENSE** las comunicaciones a que alude el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Presidente

CARLOS BERNAL PULIDO
Magistrado

DIANA FAJARDO RIVERA
Magistrada

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTÍZ DELGADO
Magistrada

IVÁN HUMBERTO ESCRUCERÍA MAYOLO

Magistrado (e)

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

ALBERTO ROJAS RÍOS
Magistrado

ROCÍO LOAIZA MILIÁN
Secretaria General (e)