



**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE SUCRE**

SALA TERCERA DE DECISIÓN ORAL

Sincelejo treinta (30) de agosto de dos mil trece (2.013)

Magistrado Ponente: MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A ¹ .
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.
Tema:	IMPROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA RECLAMAR TRANSFERENCIAS DE EPS-S.

SENTENCIA No. 027

I. OBJETO A DECIDIR

Procede la Sala a proferir sentencia dentro de la acción de tutela de la referencia, incoada por la entidad promotora de salud del régimen contributivo y subsidiado “SOLSALUD” E.P.S. S.A., a través de apoderado judicial, en contra de los municipios de Sincelejo, El Roble, Guaranda, Los Palmitos, Sampués, San Benito

¹ Entidad promotora de salud del régimen contributivo y subsidiado.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

Abad, San Pedro y Sincé en el Departamento de Sucre; la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud, y protección social.

II. ACCIONANTE

La presente acción fue instaurada por la entidad promotora de salud del régimen contributivo y subsidiado “SOLSALUD” E.P.S. S.A., por intermedio de apoderado judicial.

III. ACCIONADO

La acción está dirigida en contra del MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

IV. LO QUE SE PIDE

El actor solicitó que se tutelara sus derechos constitucionales a la salud y la vida de los afiliados de esa unidad médica, del régimen subsidiado, presuntamente vulnerado por las entidades accionadas al no adelantar el proceso de traslado excepcional de afiliados, de manera inmediata, conforme a la instrucción contenida en la circular 004 de 2013, en relación con los afiliados al régimen subsidiados de los municipios mencionados de forma inmediata a otra EPS-S, para que le sigan prestando el servicio de salud.

V. ANTECEDENTES

5.1. La demanda²

El actor sustentó la presente acción en los siguientes hechos:

Manifiesta que la Superintendencia Nacional de Salud, mediante Resolución N° 735 del 6 de mayo de 2013, ordenó la toma inmediata de bienes, haberes y negocios; así como la intervención forzosa administrativa para liquidar el programa de entidad promotora de salud del régimen contributivo EPS, y el programa de entidad

² Folio 1 al 14. Dichos hechos; 13 en total, tienden más a la confusión que ha decir efectivamente en qué consiste la violación de los derechos fundamentales supuestamente conculcados; más bien se hace un relato en desorden de lo que ha sido la investigación disciplinaria del actor.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

promotora de salud del régimen subsidiado EPS de la sociedad solidaria de salud SOLSALUD EPS S.A.

Precisa que la decisión de intervención se adoptó teniendo en consideración razones del orden financiero y de prestación del servicio que han incidido en la disponibilidad de recursos para sostener esa red y la disposición de las diferentes instituciones prestadoras a brindar sus servicios, dados los niveles de acreencias impagas que SOLSALUD EPS. S.A., mantiene para con los mismos; el déficit operacional y las condiciones de evolución técnica.

Señala que por este motivo, y con fundamento la Circular N° 4 de 2013, de la SuperSalud, se le ha requerido a las entidades accionadas para que realicen el traslado de la población beneficiaria del régimen subsidiado a otras EPS, que presten el servicio de salud, en esas localidades para no afectar el servicio a los ciudadanos beneficiarios, sin que se haya logrado el sometimiento de las tuteladas a las directrices impartidas en aquella circular; por tal razón presentan esta acción, en procura de salvaguardar los derechos a la vida y la salud de sus usuarios.

Alega tener legitimación en la causa por activa por cuanto, el bien invocado es el derecho a la salud y la vida de los beneficiarios del régimen subsidiado, que es la población vulnerable de los entes territoriales accionados.

VI. RECUENTO PROCESAL

La presente acción fue presentada el 16 de agosto de 2013³, la cual fue admitida mediante auto de esa misma fecha⁴ en donde se dispuso se diera curso a las notificaciones de rigor.

VII. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Las entidades tuteladas presentaron informe respecto de la solicitud tutelar, a saber.

*MUNICIPIO DE SAMPUÉS⁵: Afirma que ha dado cumplimiento a lo que es la Resolución N° 735 de 2013, por tal razón, en coordinación con la Dirección Departamental de Salud, expidió la Resolución N° 263 de agosto 5/2013, “*por medio de la cual ordena el traslado excepcional de los afiliados de la EPS-S SOLSALUD*”

³ Folio 35.

⁴ Folio 136.

⁵ Folios 228-235

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

en las diferentes EPS-S, inscritas y aptas para recibir nuevos afiliados” en dicho municipio.

Como prueba de su dicho anexó copia de la citada resolución.

*MUNICIPIO DE SINCÉ⁶: Este ente territorial contestó en el mismo sentido del municipio de Sampués; afirmando en coordinación con la Dirección Departamental de Salud se expidió la Resolución número 0607 de agosto 5 de 2013, para trasladar a los afiliados inscritos en la EPS SOLSALUD EPS. S.A., a otras aptas para recibir nuevos afiliados.

*MUNICIPIO DE GUARANDA⁷: Informa que esa administración por intermedio de la Secretaría de Bienestar Social, está depurando la base de datos de sus afiliados por presentar inconsistencia de nombre, apellidos, número de identificación; proceso que se le ha llevado a cabo en cumplimiento de la Resolución N° 1344 de 2012, con base a las novedades de ingresos, corrección de información generadas durante el mes de agosto.

Afirma que la entidad ha terminado el proceso de depuración y procederá el 31 de agosto/2013, a reportar la novedad de retiro, para que las EPS-S, procedan a cargarlos al FOSYGA y el servicio de salud no se vea interrumpido.

Así mismo, precisa que, en coordinación con la Dirección Departamental de Salud, se ha expedido el acto administrativo de 26 de agosto de 2013 *“por medio de la cual ordena el traslado excepcional de los afiliados de la EPS-S SOLSALUD en las diferentes EPS-S, inscritas y aptas para recibir nuevos afiliados”* en ese municipio.

*DEPARTAMENTO DE SUCRE⁸: Argumenta a su favor que la acción constitucional, fue dirigida en contra de los municipio de Sincelejo, El Roble, Guaranda, Los Palmitos, Sampués, San Benito, San Pedro y Sincé; que así mismo fueron demandados la Superintendencia Nacional de Salud y el Ministerio de Salud; no encontrándose el ente territorial como accionado.

Indica que este Departamento solo esta referenciado en la acción de tutela como aquel territorio en donde se encuentran los municipios objeto del medio de control.

⁶ Folios 236-250

⁷ Folios 251-262

⁸ Folios 263-272.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

*MUNICIPIO EL ROBLE⁹: Manifiesta que es cierto que la empresa SOLSALUD, se encuentra en proceso de liquidación, por tanto remitió comunicaciones para que se procediera a reubicar a los afiliados del régimen subsidiado a otras EPS-S, que presten el servicio de salud en dicha localidad; que en cumplimiento de lo anterior se dictó el acto administrativo, Resolución N° 099 de agosto 2 de 2013, en donde se le asignó una EPS, a los ciudadanos que voluntariamente no habían escogido una nueva empresa para que les prestara el servicio de salud, distinta a SOLSALUD.

Puntualiza que las pretensiones de esta acción no están llamadas a prosperar, por cuanto ese ente territorial no está desconociendo los derechos a la vida y la salud de los afiliados al régimen subsidiado de esa localidad.

*MUNICIPIO DE SAN PEDRO¹⁰: Aduce que esta acción de tutela no es procedente por cuanto, esa administración por medio de la Resolución N° 441, de agosto 8 de 2013, dio cumplimiento a lo direccionado por la SuperSalud en el Acuerdo N° 004 de 2013.

Los municipios de SINCELEJO, LOS PALMITOS Y SAN BENITO ABAD, no presentaron informativo respecto al libelo; igual silencio guardó el Ministerio de Salud y la Superintendencia Nacional de Salud.

VIII. PRUEBAS PRESENTADAS

- Poder escritura pública N° 01929 (fs. 36-38).
- Resolución N° 000735 de mayo 6 de 2013, de la Superintendencia Nacional de Salud, ordenando la intervención de SOLSALUD (fs.39-50).
- Inscripción de SOLSALUD, a Cámara de Comercio (fs. 51-55).
- Copia certificación de saldos a cuenta corriente régimen subsidiado (f. 56).
- Copia facturas por pagar SOLSALUD (f. 57)
- Copia Circular N° 000004 de la SUPERSALUD. (f. 58)
- Copia Circular N° 000005 de la SUPERSALUD. (f. 59)
- Copia instructivo del Ministerio de Salud “garantía de aseguramiento de la población afiliada a las entidades promotoras en salud en liquidación” (fs. 60-62)
- Copia reiteración instructivo Ministerio de Salud (f. 63)
- Certificación de publicación Circulares de la SUPERSALUD (f. 64).
- Copia comunicación dirigida al defensor del pueblo. (fs. 65-69)

⁹ Folios 273-287

¹⁰ Folios 288-295

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

- Copia comunicación dirigida a la SUPERSALUD. (fs. 70-74)
- Copia comunicación dirigida al procurador delegado para la descentralización de las entidades territoriales (fs. 75-78)
- Copia comunicación dirigida al ministro de salud (fs. 79-83)
- Copia certificación de tutelas instauradas en contra de SOLSALUD (f.84)
- Copia sentencia de tutela (fs. 85-93)
- Copia comunicación alcalde de “El Roble”. (fs. 94-98)
- Copia comunicación alcalde de Guaranda. (fs. 99-103)
- Copia comunicación alcalde de “Los Palmitos”. (fs. 104-108)
- Copia comunicación alcalde de Sampués. (fs. 109-113)
- Copia comunicación alcalde de San Benito Abad. (fs. 114-118)
- Copia comunicación alcalde de San Pedro. (fs. 119-123)
- Copia comunicación alcalde de Sincé. (fs. 124-128)
- Copia comunicación alcalde de Sincelejo. (fs. 128-133)
- Copia Resolución N° 1428 de 2013, de la SUPERSALUD, resuelve recurso de reposición. (fs. 179-227)

IX. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

9.1. La competencia

El Tribunal es competente para conocer de la presente acción de tutela según lo establecido por el Decreto Ley 2591 de 1991 en su artículo 37, en **PRIMERA INSTANCIA**.

9.2. El problema jurídico

De conformidad con los hechos expuestos, considera la Sala que el problema jurídico a resolver es el siguiente:

¿Es procedente la acción de tutela para requerir a los municipios accionados, el traslados de una EPS a otra, a los afiliados del régimen subsidiado, dado que la empresa que les presta el servicio de salud se encuentra intervenida para su liquidación?.

Para desarrollar el problema jurídico antes anotado, se hace alusión a: (i) Procedencia de la acción de tutela; (ii) Marco normativo del régimen subsidiado; (iii) legitimación en la causa por activa; (iv) legitimación en la causa por pasiva; (v) Agencia Oficiosa; y (vi) Caso en concreto.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

9.2.1. Procedencia de la Acción de Tutela

La Constitución Política en su artículo 86 consagró la acción de tutela como un mecanismo de protección de los derechos fundamentales de carácter preferente y sumario, que podrá ser interpuesto contra las acciones u omisiones de cualquier autoridad pública o de particulares en los casos establecidos por la ley, i) encargados de la prestación de un servicio público, ii) cuando su conducta afecte grave y directamente el interés colectivo o iii) respecto de quienes el solicitante se encuentre en estado de subordinación o indefensión¹¹.

9.2.2. Marco normativo del régimen subsidiado.

La Ley 100 de 1993, en su artículo 157, frente a los afiliados al sistema de seguridad social en salud; relaciona dos tipos de participante, en ese orden precisó:

“ARTÍCULO 157. TIPOS DE PARTICIPANTES EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. <Artículo condicionalmente EXEQUIBLE> A partir de la sanción de la presente Ley, todo colombiano participará en el servicio esencial de salud que permite el Sistema General de Seguridad Social en Salud. Unos lo harán en su condición de afiliados al régimen contributivo o subsidiado y otros lo harán en forma temporal como participantes vinculados.

A. Afiliados al Sistema de Seguridad Social.

Existirán dos tipos de afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud:

I. Los afiliados al Sistema mediante el régimen contributivo son las personas vinculadas a través de contrato de trabajo, los servidores públicos, los pensionados y jubilados y los trabajadores independientes con capacidad de pago. Estas personas deberán afiliarse al Sistema mediante las normas del régimen

¹¹ La Corte como justificación a la posibilidad de impetrar acción de tutela contra particulares, sostuvo: “3.1. En su génesis, los derechos fundamentales aparecen vinculados a la defensa de los individuos y grupos minoritarios frente al ejercicio abusivo de los poderes públicos. Tradición que se sustenta en el reconocimiento de que la relación entre el Estado y el individuo descansa en una asimetría de poderes que es preciso compensar otorgando a la parte más débil, el individuo, unos derechos que sirvan como instrumentos de protección frente a los eventuales excesos en los que pueda incurrir el más poderoso.

3.2. No obstante, esta incesante búsqueda de límites al poder en que consiste el constitucionalismo ha llevado a reconocer que también al interior de la sociedad existen relaciones de desigual poder que es preciso someter al control del derecho; que las amenazas para la libertad y demás derechos del individuo no proceden sólo de los poderes públicos sino también de los privados, ya sea de aquellos micropoderes que se ejercen al interior de los espacios domésticos o de esos otros, más visibles, macropoderes sociales y económicos de muy diverso tipo, como son los que detentan los medios de comunicación, los grupos económicos, los empresarios, los partidos políticos, las asociaciones, etc. Por tal razón, los derechos fundamentales y las garantías diseñadas para su protección no se conciben sólo como una herramienta para controlar la arbitrariedad de los poderes públicos, sino también como instrumentos para compensar las situaciones de desigual poder que se presentan en las relaciones entre particulares.” (T-798/07).

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

contributivo de que trata el capítulo I del título III de la presente Ley¹². (Negrillas de la Sala).

2. Los afiliados al Sistema mediante el régimen subsidiado de que trata el Artículo 211 de la presente Ley son las personas sin capacidad de pago para cubrir el monto total de la cotización. Serán subsidiadas en el Sistema General de Seguridad Social en Salud la población más pobre y vulnerable del país en las áreas rural y urbana. Tendrán particular importancia, dentro de este grupo, personas tales como las madres durante el embarazo, parto y postparto y período de lactancia, las madres comunitarias, las mujeres cabeza de familia, los niños menores de un año, los menores en situación irregular, los enfermos de Hansen, las personas mayores de 65 años, los discapacitados, los campesinos, las comunidades indígenas, los trabajadores y profesionales independientes, artistas y deportistas, toreros y sus subalternos, periodistas independientes, maestros de obra de construcción, albañiles, taxistas, electricistas, desempleados y demás personas sin capacidad de pago¹³. (Negrillas para resaltar).

Entonces, en Colombia existen dos tipos de afiliados al sistema de seguridad social en salud, cuales son; los del régimen contributivo y los del subsidiado.

En lo que hace al contributivo, este está a cargo del empleador, pero con una participación del trabajador; de allí que, mensualmente el contratante al realizar la cancelación de los salarios a sus empleados, debe descontar el porcentaje correspondiente a la salud.

En lo que hace, al régimen subsidiado, la Ley 715 de 2001, prevé:

ARTÍCULO 44. COMPETENCIAS DE LOS MUNICIPIOS. Corresponde a los municipios dirigir y coordinar el sector salud y el Sistema General de Seguridad Social en Salud en el ámbito de su jurisdicción, para lo cual cumplirán las siguientes funciones, sin perjuicio de las asignadas en otras disposiciones:

44.1. De dirección del sector en el ámbito municipal:

¹² La Corte Constitucional se declaró INHIBIDA de fallar sobre el vocablo 'trabajadores' por ineptitud de la demanda, mediante Sentencia C-578-09 de 26 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Henao Pérez.

- Aparte subrayado declarado EXEQUIBLE por la Corte Constitucional, mediante Sentencia C-711-98 del 25 de noviembre de 1998, Magistrado Ponente Dr. Vladimiro Naranjo Mesa.

¹³ - La Ley 361 de 1997, 'por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones', publicada en el Diario Oficial No. 42.978 del 11 de febrero de 1997, establece en el artículo 19 que 'los limitados de escasos recursos serán beneficiarios del Régimen Subsidiado de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993'.

Igualmente en el artículo 29 la misma Ley 361 establece que serán beneficiarios del mismo Régimen Subsidiado, las personas con limitación que con base en certificación médica autorizada no puedan gozar de un empleo médico competitivo que les produzca ingresos al menos equivalentes al salario mínimo legal vigente.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

44.1.1. Formular, ejecutar y evaluar planes, programas y proyectos en salud, en armonía con las políticas y disposiciones del orden nacional y departamental.

44.1.2. Gestionar el recaudo, flujo y ejecución de los recursos con destinación específica para salud del municipio, y administrar los recursos del Fondo Local de Salud.

44.1.3. Gestionar y supervisar el acceso a la prestación de los servicios de salud para la población de su jurisdicción.

44.1.4. Impulsar mecanismos para la adecuada participación social y el ejercicio pleno de los deberes y derechos de los ciudadanos en materia de salud y de seguridad social en salud.

44.1.5. Adoptar, administrar e implementar el sistema integral de información en salud, así como generar y reportar la información requerida por el Sistema.

44.1.6. Promover planes, programas, estrategias y proyectos en salud y seguridad social en salud para su inclusión en los planes y programas departamentales y nacionales¹⁴.

44.2. De aseguramiento de la población al Sistema General de Seguridad Social en Salud

44.2.1. Financiar y cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable y ejecutar eficientemente los recursos destinados a tal fin¹⁵. (Subrayas de la Sala).

44.2.2. Identificar a la población pobre y vulnerable en su jurisdicción y seleccionar a los beneficiarios del Régimen Subsidiado, atendiendo las disposiciones que regulan la materia.(...)”

De la norma anterior se tiene que, en lo que hace al régimen subsidiado esta instituido para salvaguardar el derecho fundamental a la salud de la población pobre y vulnerable de cada municipio; su financiación es responsabilidad del Estado, quien a su vez, remite a cada ente territorial los recursos para la ejecución de tal finalidad.

9.2.3. Legitimación en la causa por activa¹⁶.

La Corte Constitucional¹⁷, ha señalado que no obstante la informalidad que se predica de la acción de tutela, la misma debe cumplir con unos requisitos mínimos

¹⁴ - Resto del numeral declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-979-10 de 1o. de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Dr. Juan Carlos Heno Pérez. Con efectos retroactivos a partir de la fecha de promulgación de la Ley 1176 de 2007. - Aparte tachado 'el sistema integral de transporte aéreo medicalizado' declarado INEXEQUIBLE por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-978-10 de 1o. de diciembre de 2010, Magistrado Ponente Dr. Luis Ernesto Vargas Silva. Con efectos retroactivos a partir de la fecha de promulgación de la Ley 1176 de 2007.

¹⁵ - En criterio del editor, la intención del legislador cuando ordenó, mediante el artículo 5 de la Ley 1438 de 2011, publicada en el Diario Oficial No. 47. 957 de 19 de enero de 2011, la modificación del numeral 43.4.3 del artículo 43 de la Ley 715 de 2001, fue la de modificar el presente numeral, con el siguiente texto:

¹⁴3.4.3. Cofinanciar la afiliación al Régimen Subsidiado de la población pobre y vulnerable.

¹⁶ Sentencia T-777 de octubre 29 de 2009; M.P: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

¹⁷ Sentencia T-777 de octubre 29 de 2009; M.P: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

de procedibilidad, dentro de ellos se encuentra el de la legitimación por activa o titularidad para promoverla¹⁸.

Según el artículo 86 de la Constitución, la acción de tutela puede ser promovida por cualquier persona, ya sea por sí misma o por medio de un tercero quien actúe en su nombre, cuando sus derechos constitucionales fundamentales resulten vulnerados o amenazados.

En este orden de ideas, la legitimación en la causa por activa en los procesos de acción de tutela se configura (i) del ejercicio directo; es decir, quien interpone la acción de tutela es a quien se le está vulnerando el derecho fundamental; (ii) por medio de representantes legales, como en el caso de los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) por medio de apoderado judicial, caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo; (iv) por intermedio del procurador o personero; y (v) por medio de agente oficioso.

9.2.4. Legitimación en la causa por pasiva¹⁹.

Sobre la legitimación en la causa por pasiva, la H. Corte Constitucional²⁰, viene sosteniendo²¹ que la misma se entiende satisfecha con la correcta identificación de las personas o autoridades responsables de la amenaza o vulneración de los derechos fundamentales invocados²²; destacando a la vez que, su adecuada integración persigue garantizar a los presuntos implicados el derecho a la defensa y, por esa vía, permitirles establecer el grado de responsabilidad que les pueda asistir en los hechos que son materia de la controversia constitucional.

Con ese mismo criterio, ha manifestado²³ que la integración de la causa pasiva busca evitar el proferimiento de sentencias desestimatorias que como es obvio resultan perjudiciales para el demandante, e igualmente, que se adopten decisiones inhibitorias las cuales se encuentran proscritas en sede de amparo constitucional por expreso mandato del párrafo único del artículo 29 del Decreto 2591 de 1991.

¹⁸ Ver al respecto las sentencias T- 459 de 2007, T- 995 y T -1072 de 2008 entre otras.

¹⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P: DANILLO ROJAS BETANCOURTH, 30 de enero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

²⁰ Auto 257/06, trece (13) de septiembre de dos mil seis (2006), M.P: RODRIGO ESCOBAR GIL.

²¹ Cfr, entre otros, la Sentencia T-091 de 1993 y los Autos 289 de 2001, 287 de 2001, 295 de 2001, 007 de 2003, 115 de 2005 y 147 de 2005.

²² En el artículo 13 del Decreto 2591 de 1991 se dispone:

"Artículo 13. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. ... " (negritas fuera del texto original).

²³ Autos N° 289 de 2001, 287 de 2001 y Auto del 8 de marzo de 2001 (M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra).

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

En este sentido, para hacer realidad el objetivo propuesto con la implementación de la acción de tutela, cual es la protección efectiva e inmediata de los derechos fundamentales, es requisito *sine qua non* integrar adecuadamente el contradictorio, pues de su plena observancia depende no solo la garantía del derecho de defensa de quienes están involucrados en la violación o amenaza que se alegada, sino también la posibilidad de que el juez constitucional “pueda entrar a proferir la respectiva sentencia estimatoria, en los casos en que la previa valoración fáctica y probatoria arroje, como único resultado, la necesidad de ordenar la protección de los derechos constitucionales afectados”²⁴.

Por su parte el H. Consejo de Estado²⁵ ha precisado que, existen dos clases de falta de legitimación: la de hecho y la material. La primera hace referencia a la circunstancia de obrar dentro del proceso en calidad de demandante o demandado, una vez se ha iniciado el mismo en ejercicio del derecho de acción y en virtud de la correspondiente pretensión procesal, mientras que la segunda da cuenta de la participación o vínculo que tienen las personas -siendo o no partes del proceso-, con el acaecimiento de los hechos que originaron la formulación de la demanda. En este sentido, no siempre quien se encuentra legitimado de hecho tiene que necesariamente estarlo materialmente, en consideración a que si bien puede integrar una de las partes de la litis, ello no implica que frente a la ley tenga un interés jurídico sustancial en cuanto al conflicto.

En cuanto a la legitimación por pasiva de hecho, señala esa alta colegiatura, que se refiere a la potencialidad del demandado de ser parte dentro del proceso, constituyendo un requisito de procedibilidad de la demanda -en la medida en la que esta no puede dirigirse contra quien no es sujeto de derechos-, mientras que, la legitimación por pasiva material, constituye un requisito no para el fundamento de la acción, sino para la prosperidad de las pretensiones.

9.2.5. Agencia Oficiosa²⁶

En lo que hace al tema, el H. tribunal constitucional²⁷, ha manifestado que, la agencia oficiosa en los procesos de tutela, al igual que el apoderamiento judicial, tiene su fundamento constitucional en el artículo 86 de la Constitución Política, y su

²⁴ Auto N° 289 de 2001.

²⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, C.P: DANILLO ROJAS BETANCOURTH, 30 de enero de 2013, Radicación número: 25000-23-26-000-2010-00395-01(42610).

²⁶ Sentencia T-777 de octubre 29 de 2009; M.P: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

²⁷ Sentencia T-777 de octubre 29 de 2009; M.P: Dr. JORGE IVAN PALACIO PALACIO.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

fundamento legal en el mismo artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que establece que se podrán agenciar derechos ajenos “cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa.”

Para tal efecto, la Corte ha sintetizado los elementos de la agencia oficiosa de la siguiente manera: (i) la manifestación del agente oficioso en el sentido de actuar como tal; (ii) la circunstancia real, que se desprenda del escrito de tutela ya por figurar expresamente o porque del contenido se pueda inferir, consistente en que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) la existencia de la agencia no implica una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos; (iv) la ratificación oportuna por parte del agenciado de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente cuando ello fuere materialmente posible.

Configurados los elementos normativos anteriormente señalados se perfecciona la legitimación en la causa por activa y el juez de constitucionalidad estará en la obligación de pronunciarse de fondo sobre los hechos y las pretensiones relacionadas en el escrito de la acción. Si los mismos no se presentan en el caso concreto, el juez deberá según el caso, rechazar de plano la acción de tutela o en la sentencia no conceder los derechos fundamentales de los agenciados.

No obstante lo anterior, en virtud del principio de eficacia de los derechos fundamentales, es deber del juez constitucional analizar en cada caso concreto la configuración de los elementos atendiendo a las circunstancias fácticas que lo caracterizan.

Con estas anotaciones se resolverá;

9.2.6. Caso en concreto.

La entidad promotora de salud del régimen contributivo y subsidiado “SOLSALUD” EPS S.A., por intermedio de esta acción pretende que los alcaldes de los municipios de MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ, trasladen sus afiliados del régimen subsidiado a otra EPS, dado que dicha entidad se encuentra en proceso de liquidación, por considerar que con dicha omisión se les está vulnerando el derecho a la vida y salud a la población pobre y vulnerable beneficiaria del sistema de seguridad social en salud.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

Los entes territoriales de EL ROBLE, GUARANDA, SAMPUÉS, SAN PEDRO y SINCÉ, presentaron informe, precisando que ya realizaron los respectivos traslados de sus afiliados; en lo que hace a los demás –Sincelejo, Los Palmitos, San Benito Abad-, no contestaron el libelo; igual silencio guardó el ministerio de Salud y la SUPERSALUD.

Del petitum se tiene que, la accionante requiere:

“A. Tutelar los derechos fundamentales constitucionales a la salud y a la vida de los afiliados del Régimen Subsidiado de SOLSALUD EPS S.A.

B. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a esos municipios:

1. Adelantar el procedimiento de traslado y asignación de afiliados dispuestos por la Circular 0045 de 2003, conforme al procedimiento señalado por el artículo 50 del Acuerdo 415 de 2009, a una EPS que se encuentre autorizada por la Superintendencia Nacional de Salud con una capacidad de afiliación que les permita recibir a los afiliados.
2. A través de sus Secretarías de Salud y red pública hospitalaria conformada por sus Empresas Sociales del Estado que, hasta tanto los afiliados al régimen subsidiado de SOLSALUD EPS S.A. en sus respectivas jurisdicciones, no sean afiliados a una EPS, aseguren a los afiliados, garantizando a los afiliados su acceso al derecho fundamental a la salud mediante la atención de los eventos, procedimientos e intervinientes que demanden sus respectivas patologías, adelantando para tal fin los respectivos procedimientos administrativos a efectos de garantizar el acceso al derecho fundamental a la salud a los afiliados al régimen subsidiado de SOLSALUD EPS S.A. en sus respectivas jurisdicciones.
3. Que en el evento en que cuenten con otras EPS distintas a SOLSALUD EPS S.A., o se encuentren intervenidas o en medida cautelar decretada por parte de la Superintendencia Nacional de Salud, acuden a cualquiera de los mecanismos de conformación de alianzas entre la EPS de ambos regímenes y entidades territoriales; asignación a las Entidades Promotoras de Salud del Régimen Contributivo interesadas en garantizar la continuidad de la afiliación de la población afectada, o la asignación excepcional de afiliados por parte del ente territorial a las Entidades Promotoras de Salud con medida de vigilancia especial impuesta por la Superintendencia Nacional de Salud, conforme con el procedimiento y requisitos a que se refieren los artículos 2 y 3 del Decreto 633 de 2012 modificado por el Decreto 1955 de 2012.

C. Que como consecuencia de lo anterior se ordene a la Superintendencia Nacional de Salud reiterar a los Municipios accionados el cumplimiento de la Circular 004 de 2013 y ejercer sus competencias de inspección, vigilancia y control en relación con

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

el cumplimiento de la instrucción allí contenida en relación con Entidades Territoriales.

D. Que como consecuencia de lo anterior se ordene al ministerio de Salud y Protección Social, conforme con el instructivo y la reiteración de instructivo – DASRPP –RS-01-2012-, ordenar e igualmente a los Municipios objeto de la presente acción de tutela, el retiro de los afiliados de la EPS SOLSALUD EPS S.A., procediendo a informar a las Entidades de Control y Vigilancia el incumplimiento de las Entidades territoriales en el proceso de asignación de los afiliados, sin que ello exima a los Municipios de la responsabilidad de garantizar la continuidad del aseguramiento de los afiliados”.

Como se observa del acápite transcrito, lo que realmente pretende SOLSALUD EPS. S.A. es su liberación de la carga de seguir prestando el servicio de salud a la población subsidiada; sin especificar de qué manera se está desconociendo el derecho a la vida o la salud a los beneficiarios de dicho régimen.

No presentar un ejemplo de algún ciudadano que se encuentre en un peligro inminente por el no recibo del servicio; simplemente requiere el traslado de sus usuarios del régimen subsidiado a otra EPS, dada su situación actual.

Aun cuando SOLSALUD EPS S.A., alega tener la legitimación en la causa para presentar este medio de control, no demuestra (i) que esté sufriendo o a punto de causársele un perjuicio por parte de los municipio; (ii) que su justificación para la interposición de la tutela sea como representante legal, de menores de edad, incapaces absolutos, interdictos o las personas jurídicas; (iii) obrar como apoderado judicial, de los afiliados al régimen subsidiado; (iv) no pertenece a la procuraduría o la personería; y (v) o ejercer la acción como agente oficioso de los citados usuarios. Al no demostrarse ninguna de las anteriores calidades, se tiene que SOLSALUD EPS. S.A., no está legitimado en la causa para interponer esta acción de tutela; máxime que no probó como los municipios accionados estén desconociendo los derechos de la población vulnerable en lo que hace al derecho de salud, puesto que los mismos se encuentran afiliados a la EPS actora; cosa distinta es que por seguirse proceso liquidatorio, tengan dichos entes que trasladar a sus beneficiarios a otras empresas –se repite-, por la situación particular de aquella a la cual estaban inscritos.

Ahora, se determinará si reúne los requisitos para reconocerlo como agente oficioso; (i) el actor no manifestó actuar como agente oficioso de los usuarios del régimen subsidiado; (ii) no existe una circunstancia real, que se desprenda del

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

escrito de tutela ni expresamente, ni por el contenido de esta, que se pueda inferir, de que el titular del derecho fundamental no está en condiciones físicas o mentales para promover su propia defensa; (iii) no existe una relación formal entre el agente y los agenciados titulares de los derechos, puesto que SOLSALUD, solo presta el servicio de salud a los ciudadanos que acudan a ella, sin que logre indicarse que se tenga un vínculo entre los mismos, que obligue al uno con el otro; (iv) no se halla ratificación oportuna por parte de los agenciados de los hechos y de las pretensiones consignados en el escrito de acción de tutela por el agente; de tal manera que, tampoco por esta categoría se le consigue reconocer investidura a la accionante para requerir el amparo de unos derechos que no se evidencian estar en peligro o siendo desconocidos por los entes territoriales accionados.

En otra arista, en lo que hace a la falta de legitimación por pasiva, frente al departamento de Sucre, solo se le nombra como el espacio territorial en donde se encuentran ubicados los municipios tutelados; luego, se declarará la carencia de legitimación de las peticiones aquí incoadas.

Igual suerte corre para el ministerio de salud y la superintendencia nacional de salud, dado que los responsables de la afiliación de la población pobre y vulnerable al sistema de seguridad social en salud, son los municipios en la jurisdicción en donde se encuentre el ciudadano, de allí que la falta de legitimación por pasiva, se ha de entender también, de estas entidades.

Con todo, se precisa que lo pretendido con esta acción es el cumplimiento de un acto administrativo, como es la circular 004 de mayo 24 de 2013, no siendo este el medio adecuado; además la vigilancia del cumplimiento de dicho acto, está en la administración que lo expidió; esto es, la superintendencia nacional de salud, ya que por ley le corresponde a ella reclamar la sujeción; no siendo –se repite–, la tutela el mecanismo para ello.

Para concluir se advierte que, si en gracia de discusión se admitiera la legitimación de SOLSALUD para requerir el amparo tutelar aquí intentado, durante el trámite de esta acción los tutelados –municipios de EL ROBLE, GUARANDA, SAMPUÉS, SAN PEDRO Y SINCÉ–, ya habían cumplido con lo ordenado en el acuerdo N° 0004 de 2013; entonces, desde antes de que se presentara el medio de control aquí incoado, ya estos municipios habían procurado por sí solos el cumplimiento del acto administrativo antes citado, haciéndolo conocer a la accionante, por tanto causa extrañeza por decir lo menos, que SOLSALUD EPS S.A., presente esta acción sin dar tregua a los entes territoriales aquí accionados para realizar el trámite administrativo que correspondiera; máxime que, tal como se evidencia de las

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

resoluciones anexadas por los mencionados municipios, estas deben realizarse en coordinación con la Dirección Departamental de Salud en Sucre; teniendo que esperar un turno para gestionar independientemente cada uno su situación, según la jurisdicción en donde operan.

Así las cosas, al no ser evidente el perjuicio irremediable e inminente, se procederá a la denegación del amparo.

X. CONCLUSIÓN

De conformidad con el análisis precedente, la respuesta al problema jurídico planteado es negativo, dado que la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política y reglamentada por el Decreto 2591 de 1991, no es procedente para debatir posibles omisiones que se estén dando al interior de las administraciones municipales; pues para eso cada trámite tiene su propio procedimiento.

Ahora la acción de tutela está instituida para salvaguardar los derechos fundamentales de todo ciudadano que crea se le están desconociendo, siempre y cuando haya agotado todas las vías principales que el legislador le ha proporcionado; su subsidiariedad estará acompañada de un perjuicio inminente o irremediable, y en caso sub examine no se probó estar frente a una de estas situaciones.

Aún cuando en el caso que se revisa se pueda advertir el incumplimiento por parte de los municipios de Sincelejo, Los Palmitos y San Benito Abad, en el traslado de los afiliados al régimen subsidiado de salud a otra EPS distinta a SOLSALUD, por encontrarse en liquidación, carece de legitimación en la causa por activa dicha empresa para requerir la protección de los derechos fundamentales a la vida y la salud de aquella población; dado que, si alguna contrariedad tuviera uno de ellos en la prestación del servicio podrá directamente presentar la acción que corresponda; además lo que se solicita es el cumplimiento de un acto administrativo, no siendo la acción de tutela el medio expedito para requerir su cumplimiento.

XI. DECISIÓN

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO DE SUCRE**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley.

Expediente	70 000 23 33 0001 2013 00192 00
Medio de Control	TUTELA – PRIMERA INSTANCIA
Actor	SOLSALUD EPS, S.A.
Demandado	MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ.

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR improcedente la acción de tutela intentada por SOLSALUD EPS S.A., en contra de MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL – SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD – DEPARTAMENTO DE SUCRE – MUNICIPIOS DE SINCELEJO, EL ROBLE, GUARANDA, LOS PALMITOS, SAMPUÉS, SAN BENITO ABAD, SAN PEDRO Y SINCÉ; por carecer de legitimación en la causa por activa.

SEGUNDO: DECLARAR la falta de legitimación en la causa por pasiva frente al Departamento de Sucre, Ministerio de Salud y Superintendencia Nacional de Salud.

TERCERO: NOTIFICAR por cualquier medio efectivo a los interesados en los términos del Art. 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: De no ser impugnado, **ENVIAR** el expediente a la H. Corte Constitucional para su eventual revisión, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

Se hace constar que el proyecto de esta providencia fue considerado y aprobado por el Tribunal en sesión de la fecha, según consta en Acta No. 095.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

MOISÉS RODRÍGUEZ PÉREZ

Magistrado

LUÍS CARLOS ALZATE RÍOS

Magistrado

CÉSAR E. GÓMEZ CÁRDENAS

Magistrado