El siguiente es el documento presentado por el Magistrado Ponente que sirvió de base para proferir la providencia dentro del presente proceso. El contenido total y fiel de la decisión debe ser verificado en la respectiva Secretaría.

Asuntos : Sentencia de tutela de segunda instancia

Accionante : Hugo Eduardo Cedeño Espinosa

Accionado : Superintendencia Nacional de Salud y otros

Procedencia : Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía

Radicación : 66045-31-89-001-2021-00025-01

Mag. Sustanciador : DUBERNEY GRISALES HERRERA

Acta : 221 de 14-05-2021

**TEMAS: DEBIDO PROCESO ADMINISTRATIVO / PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA TUTELA / PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD / ACTO ADMINISTRATIVO DE TRÁMITE / DEFINICIÓN / REQUISITOS / QUE LA ACTUACIÓN NO HAYA CONCLUIDO / PRINCIPIO DE PUBLICIDAD / NOTIFICACIÓN.**

La Corte enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos; entonces, quien pretenda controvertirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario procesal dispuesto por el legislador.

Hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia de la herramienta judicial: (i) La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable; (ii) La falta de legitimación para impugnarlos ante el juez competente; y, (iii) Cuando la cuestión debatida es eminentemente constitucional.

Ahora, en tratándose de actos administrativos de trámite, que “(…) comprenden los preparatorios, de ejecución y, en general, todos los actos de impulso procesal (…)”, es decir, los que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, sino que contribuyen con su realización, la CC ha expuesto, con arreglo al artículo 75, CPACA, que la tutela solo procede “(…) cuando constituya una medida preventiva, (…) encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuencialmente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad (...)”.

Y, para superar la subsidiariedad, estatuyó los siguientes requisitos concomitantes: (i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental. (…)

Respecto a la notificación, la doctrina constitucional también se ha encargado de delimitar su importancia; en efecto, ha señalado que:

(i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública, dado que mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la administración…

******

REPUBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL**

SALA DE DECISIÓN CIVIL – FAMILIA – DISTRITO DE PEREIRA

DEPARTAMENTO DEL RISARALDA

**ST2-0151-2021**

***Catorce (14) de mayo de dos mil veintiuno (2021).***

1. **El asunto a decidir**

La impugnación suscitada en el trámite constitucional ya referido, una vez se ha cumplido la actuación de primera instancia.

1. **La síntesis fáctica**

Se informa que el 16-05-2020 el actor se posesionó como Gerente de la ESE Hospital San Vicente de Paúl de Santuario, R. El 30-06-2020 debía presentar el plan de gestión ante la Junta Directiva y por problemas de salud lo hizo a destiempo (Art.73-1º, Ley 1438).

La Junta comunicó a la Supersalud el incumplimiento (Arts.73 y 74-6, Ley 1438) y la autoridad inició trámite administrativo en su contra y remitió a su correo electrónico el oficio NURC2-2020-101734 del 19-08-2020 para que ejerciera su derecho de defensa, no obstante, pretirió requerirlo para que indicará dónde recibiría notificaciones (Art.4º, D.491/2020) el mensaje no llegó a la bandeja de entrada, impidiendo concretar aquella garantía.

Luego, se le notificó la Resolución No.013696 del 23-11-2020 (Calificación insatisfactoria y destitución), la recurrió en reposición alegando desconocer la apertura del trámite y solicitó pruebas, y la autoridad resolvió de plano, confirmó su decisión con la Resolución No.001262 del 12-02-2021, exclusivamente, porque en el expediente obraba certificación expedida por la plataforma de la entidad sobre el recibido efectivo de la comunicación (Cuaderno No1, documento No.02).

1. **Los derechos invocados y la petición de protección**

El debido proceso, el principio de publicidad, la defensa y la igualdad. Pidió ordenar a las autoridades **(i)** Suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos hasta que el actor acuda ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa (Cuaderno No.1, documento No.02).

1. **La sinopsis de la crónica procesal**

El *a quo* con auto del 17-03-2021 admitió la acción (Cuaderno No.1, documento No.04); el 26-03-2021 profirió la sentencia (Cuaderno No.1, documento No.09); y, el 13-04-2021 concedió la impugnación (Cuaderno No.1, documento No.18). En esta sede se decretaron pruebas de oficio (Cuaderno No.2, documento No.07) y el actor resolvió el cuestionario de la Sala (Cuaderno No.2, documentos Nos.09-14).

La sentencia fue estimatoria, ordenó a la Supersalud revocar los actos administrativos y comunicar la apertura del trámite administrativo. La autoridad no probó la notificación del oficio NURC2-2020-101734 de 19-08-2020, se limitó a incluir en la contestación una imagen alusiva al envío y entrega del mensaje, sin información certera de su fuente, como sí se evidencia en los reportes de las demás notificaciones; por lo tanto, se impidió al actor su defensa (Cuaderno No.1, documento No.09).

La autoridad pidió revocar el fallo y negar las pretensiones. Explicó: (i) El proceso de calificación difiere de uno sancionatorio, por lo que es inaplicable el artículo 128, Ley 1438; (ii) El oficio NURC 2-2020-101734 del 19-08-2020 no es un acto administrativo, es un acto de trámite que se limitó a informar que la junta enteró a la Supersalud sobre la no presentación del plan de gestión; (iii) Se le brindó la oportunidad de intervenir en el trámite, según se desprende de las actas de la Junta, pues, dejaron constancia que comunicarían la irregularidad a la Supersalud y el actor tenía pleno conocimiento; (iv) El interesado tiene la carga de probar los hechos alegados; empero, se probó que se hizo la comunicación; e, (v) Inexistencia de perjuicio irremediable. Arrimó copia de los actos administrativos, oficio y comunicación (Cuaderno No.1, documento No.11).

1. **La fundamentación jurídica para resolver**
	1. La competencia funcional: La tiene esta Sala, por ser la superiora jerárquica del Despacho cognoscente (Art. 32, D.2591/1991).
	2. El problema jurídico a resolver*:* ¿Se debe confirmar, modificar o revocar la sentencia del Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía, según la impugnación?
	3. Los presupuestos generales de procedencia
		1. La legitimación en la causa: Por activa, el actor porque fue destinario de las actuaciones de la autoridad encausada (Cuaderno No.1, documento No.07, folios 18-57). En el extremo pasivo, el **(i)** Superintendente Delegado para Supervisión Institucional; y, el **(ii)** Alcalde del municipio de Santuario, por expedir los actos administrativos cuestionados (Cuaderno No.1, documento No. 02, folios 84-88 y No.07, folios 18-57).

Diferente es respecto a la Junta Directiva de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Santuario, R., porque no expidió los actos administrativos. Se adicionará la sentencia para declarar improcedente el amparo en su contra.

* + 1. La inmediatez:El artículo 86, CP, regula la acción de tutela como un mecanismo para la protección **inmediata** de los derechos fundamentales de toda persona, cuando quiera que resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o un particular. Este requisito *“(…) impone la carga al demandante de presentar la acción de tutela en un término prudente y razonable (…)”*, por lo tanto, *“(…) el juez de tutela no podrá conocer de un asunto, y menos aún conceder la protección (…), cuando la solicitud se haga de manera tardía (…)”* (2020)[[1]](#footnote-1).

Se satisface porque la acción se formuló (16-03-2021) (Cuaderno No.1, documento No.03) un (1) mes y cuatro (19) días después de expedido el último acto administrativo rebatido (12-02-2021) (Cuaderno No.1, documento No.07, folios 40-51); es decir, dentro del plazo general, fijado por la doctrina constitucional (2020)[[2]](#footnote-2).

* + 1. La subsidiariedad: La Corte[[3]](#footnote-3) enseña que el juez de tutela no puede sustituir al administrativo en la definición de la validez de las decisiones de las autoridades; en efecto, tiene explicado que, por regla general, es improcedente la acción de tutela frente a actos administrativos[[4]](#footnote-4)-[[5]](#footnote-5); entonces, quien pretenda controvertirlos, debe ejercitar al mecanismo ordinario procesal dispuesto por el legislador.

Hay tres (3) excepciones que guardan en común la existencia de la herramienta judicial: **(i)** La tutela transitoria para evitar un perjuicio irremediable[[6]](#footnote-6); **(ii)** La falta de legitimación para impugnarlos ante el juez competente[[7]](#footnote-7); y, **(iii)** Cuando la cuestión debatida es eminentemente constitucional[[8]](#footnote-8).

Ahora, en tratándose de actos administrativos de trámite, que *“(…) comprenden los preparatorios, de ejecución y, en general, todos los actos de impulso procesal (…)”,* es decir, los que no crean, modifican o extinguen una situación jurídica, sino que contribuyen con su realización, la CC[[9]](#footnote-9) ha expuesto, con arreglo al artículo 75, CPACA, que la tutela solo procede *“(…) cuando constituya una medida preventiva, (…) encaminada a que la autoridad encauce su actuación conforme a los preceptos constitucionales que amparan los derechos fundamentales, y a que el desarrollo de su actividad sea regular desde el punto de vista constitucional y, consecuencialmente, el acto definitivo que expida sea legítimo, es decir, ajustado al principio de legalidad (...)”.*

Y, para superar la subsidiariedad, estatuyó los siguientes requisitos concomitantes: *(i) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido; (ii) que el acto acusado defina una situación especial y sustancial que se proyecte en la decisión final; y (iii) que ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental[[10]](#footnote-10).*

Aun cuando se trate de un análisis de procedencia, el tercer presupuesto implica estudiar si se vulneró o amenazó el debido proceso con la actuación cuestionada.

* 1. El debido proceso administrativo: Implica que en cada acto dictado en un trámite administrativo se deben observar las garantías procesales y los principios constitucionales que rigen la función pública (Art.209, CP)[[11]](#footnote-11).

La Sala de Casación Civil de la CSJ[[12]](#footnote-12) coincide con la CC[[13]](#footnote-13) y reiteró que hacen parte de las garantías al debido proceso administrativo:

(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso.

Aspectos que constituyen sus principios integradores, así lo entiende la CC[[14]](#footnote-14), en análisis que hace el profesor Bernal Pulido[[15]](#footnote-15) en su obra. Criterio ampliado y desarrollado por la jurisprudencia constitucional[[16]](#footnote-16).

Respecto a la notificación, la doctrina constitucional también se ha encargado de delimitar su importancia; en efecto, ha señalado que[[17]](#footnote-17):

(i) asegura el cumplimiento del principio de publicidad de la función pública, dado que mediante ella se pone en conocimiento de los interesados el contenido de las decisiones de la administración; (ii) garantiza el cumplimiento de las reglas del debido proceso en cuanto permite la posibilidad de ejercer los derechos de defensa y de contradicción; y (iii) la adecuada notificación hace posible la efectividad de los principios de celeridad y eficacia de la función pública al delimitar al momento en el que empiezan a correr los términos de los recursos y de las acciones procedentes.

Y, en torno al principio de publicidad, válido es acotar[[18]](#footnote-18): *“(…) si bien la publicidad de los actos administrativos no determina su existencia o validez, sí incide en la eficacia de los mismos, en tanto de ella depende el conocimiento de las partes o terceros interesados de las decisiones de la administración que definen situaciones jurídicas (…)”*.

1. **El análisis del caso en concreto**

Desde ya advierte la Magistratura que se revocará la decisión impugnada, puesto que es evidente el incumplimiento de la residualidad.

El recuento fáctico da cuenta de la inconformidad del actor frente a un acto de trámite consistente en la apertura de proceso en su contra y la falta de notificación de esa decisión, lo que impidió que ejercitara debidamente su defensa. Claramente no discute el fondo de los actos administrativos definitivos que calificaron insatisfactoria su gestión.

Precisamente atañe al oficio NURC 2-2020-101734 del 19-08-2020, mediante el cual le explicaron los motivos por los que se dio inicio al trámite y le concedió el plazo de cinco (5) días para pronunciarse (Cuaderno No.1, documento No.11, folios 40-42).

Así las cosas, es del caso constatar el acatamiento de las subreglas jurisprudenciales de procedencia y, sin ambages, se advierten incumplidos los requisitos atinentes a: (i) *“(…) que la actuación administrativa de la cual hace parte el acto no haya concluido (…)”* y (ii) que la actuación *“(…) ocasione la vulneración o amenaza real de un derecho constitucional fundamental (…)” [[19]](#footnote-19).* El primero, porque con la Resolución No.001262 del 12-02-2021 se culminó el trámite (Cuaderno No.1, documento No.07, folios 40-51); y, el segundo, en tanto que no se advierte la trasgresión o amenaza del debido proceso y la defensa, por falta de publicidad*.*

Respecto al último aspecto, se tiene que la autoridad probó que notificó la decisión de apertura, según certificación del *“Software Colombia”* que da cuenta de que, el 20-08-2020, recibido el mensaje en la bandeja de entrada de su correo electrónico hugo.eduar@hotmail.com (En la demanda de tutela y en el recurso presentado ante la autoridad reconoce que es su dirección electrónica); incluso, tiene un código “QR” que remite a la página oficial de la autoridad (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 26 y 72).

Lo expuesto es suficiente para desestimar el amparo, mas, preciso es referir que los hechos denunciados carecen de conexión con la pretensión tutelar. Solicita suspender los actos administrativos definitivos, hasta tanto acuda ante la justicia administrativa, controvirtiendo una actuación de trámite (¿?).

Es inviable para la judicatura verificar la procedencia frente decisiones de esa índole y menos el eventual fondo de la acción ante la ausencia de cuestionamiento relacionados con su objeto, es decir, frente a los motivos por los cuales se calificó insatisfactoria su gestión como gerente de la ESE. Actuar así, implicaría trasgredir el derecho de defensa de la autoridad.

Además, es claro que pretende que esta Judicatura decrete una medida precautoria (Arts.229 y 230-3º, CPACA)[[20]](#footnote-20)-[[21]](#footnote-21) que, en todo caso, puede y debe pedir al Juez Contencioso Administrativo competente, en ejercicio del medio de control idóneo y eficaz de la nulidad y restablecimiento del derecho[[22]](#footnote-22) (Art.138, CPACA).

Reza el artículo 234, CPACA: *“(…) Desde la presentación de la solicitud y sin previa notificación a la otra parte, el Juez o Magistrado Ponente podrá adoptar una medida cautelar, cuando cumplidos los requisitos para su adopción, se evidencie que, por su urgencia, no es posible agotar el trámite previsto en el artículo anterior (…) La medida así adoptada deberá comunicarse y cumplirse inmediatamente (…)”*. Cuenta con la asesoría del profesional del derecho que lo representó en el trámite administrativo, por manera que puede agotar la herramienta ordinaria (Cuaderno No.1, documento No.02, folios 65-72).

En mérito de los razonamientos jurídicos hechos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, en Sala decisión Civil - Familia, administrando Justicia, en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

**F a l l a,**

1. REVOCAR el fallo proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Apía y, en su lugar, DECLARAR improcedente el amparo contra el Superintendente Delegado para Supervisión Institucional y el alcalde del municipio de Santuario, R., por falta de subsidiariedad; y, frente a la Junta Directiva de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Santuario, R., por carecer de legitimación.
2. REMITIR el expediente a la CC para su eventual revisión.

Notifíquese

**DUBERNEY GRISALES HERRERA**

Magistrado

**EDDER J. SÁNCHEZ C. JAIME A. SARAZA Naranjo**

M A G I S T R A D O M A G I S T R A D O

1. CC. T-075 de 2020. [↑](#footnote-ref-1)
2. CC. Ob. cit. También la SU-037 de 2019 y la SU-499 de 2016. [↑](#footnote-ref-2)
3. CC. T-203 de 1993. [↑](#footnote-ref-3)
4. CC. T-315 de 1998. En esta oportunidad la Corte, luego de examinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo judicial transitorio, encontró que no era posible inscribir al actor en la carrera judicial por cuanto el proceso de selección utilizado en su caso no constituía un concurso de méritos como el ordenado por la Ley 270 de 1996. En el mismo sentido ver las sentencias SU-458 de 1993 y T-1998 de 2001. [↑](#footnote-ref-4)
5. CC. T-722 de 2014, T-247 de 2015 y T-572 de 2015 y T-425 de 2019, entre otras. [↑](#footnote-ref-5)
6. CC. T-225 de 1993, T-082 de 2016, T-095 de 2016, T-019 de 2018 y T-323 de 2019. [↑](#footnote-ref-6)
7. CC. T-046 de 1995 referida en las T-722 de 2014 yT-572 de 2015. [↑](#footnote-ref-7)
8. CC. T-100 de 1994, T-256 de 1995, T-325 de 1995, T-455 de 1996, T-459 de 1996, T-083 de 1997, SU-133 de 1998 y T-247 de 2015, entre otras. [↑](#footnote-ref-8)
9. CC. SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-9)
10. CC. Auto 172A de 2004, SU-617 de 2013 y T-030 de 2015, iteradas en la SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-10)
11. CC. SU-077 de 2018. [↑](#footnote-ref-11)
12. CSJ. STC5723-2016, STC12822-2017, STC19964-2017. [↑](#footnote-ref-12)
13. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-13)
14. CC. T-482 de 1992. [↑](#footnote-ref-14)
15. BERNAL P, Carlos. El derecho fundamental al debido proceso, Señal editora, Bogotá, 2004, p.37. [↑](#footnote-ref-15)
16. CC. SU-077 de 2018, T-010 de 2017, T-051 de 2016, C-034 de 2014 y C-980 de 2010, entre otras. [↑](#footnote-ref-16)
17. CC. T-002 de 2019 y T-404 de 2014. [↑](#footnote-ref-17)
18. CC. Ob. Cit. [↑](#footnote-ref-18)
19. CC. Ob. cit. [↑](#footnote-ref-19)
20. CC. T-610 de 2017, SU-553 de 2015, T-748 de 2015 y T-329 de 2009, entre otras. [↑](#footnote-ref-20)
21. CSJ. STC11836-2019, STC1390-2018, STC6880-2016,STC7686-2016,STC8200-2016 y STC8324-2016. [↑](#footnote-ref-21)
22. CC. T-548 de 2010 y T-738 de 2014. [↑](#footnote-ref-22)