



**CONSEJO DE ESTADO
SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO
SECCIÓN SEGUNDA, SUBSECCIÓN B**

CONSEJERA PONENTE: SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ.

Bogotá D.C., 28 de mayo de 2021.

Referencia: Acción de Tutela
Radicación: 11001-03-15-000-2021-03032-00.
Actores: JANSSEN CILAG S.A. y otro.
Accionados: Subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

SE ADMITE ACCIÓN DE TUTELA, SE DECRETA MEDIDA PROVISIONAL DE SUSPENSIÓN TRASITORIA Y, SE ORDENA VINCULACIÓN TERCEROS.

I. DE LA ADMISIÓN DE LA ACCIÓN.

EL INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN¹ adelantó recurso de insistencia contra la UNIDAD NACIONAL DE GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES, con ocasión de la negativa a suministrar información relacionada con las instrucciones en materia diplomática o sobre negociaciones reservadas – contratos y acuerdos para la adquisición de vacunas contra el Coronavirus – Covid 19, bajo el amparo de reserva de ley.

El asunto, con radicado 25000-23-41-000-2021-00240-00, fue desatado por la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de

¹ organización sin ánimo de lucro fundada en el año 2018 que tiene como objeto la detección, investigación y análisis de las causas y efectos de la corrupción, violaciones a la ética, el abuso de poder y la falta de transparencia, integridad y rendición de cuentas en la administración pública y en el sector privado, a nivel nacional e internacional, con el fin de proponer soluciones integrales y multidisciplinarias orientadas a su erradicación y a la mitigación o control de los riesgos asociados a dichos comportamientos.

Accionado: Subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y otro.

Admite acción de tutela, niega medida cautelar y ordena vincular a terceros.

Cundinamarca², mediante providencia del 11 de mayo de 2021, en la que resolvió:

«[...] **PRIMERO: ACCEDER PARCIALMENTE** a la solicitud de información formulada por el INSTITUTO INTERNACIONAL DE ESTUDIOS ANTICORRUPCIÓN, según lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES que, dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación de esta providencia, entregue al instituto peticionario la siguiente información:

i) Copia de los contratos relacionados con la adquisición de vacunas contra el covid suscrito por la UNGRD o por Fiduprevisora en calidad de administradora de la Subcuenta Covid 19.

ii) Modelo de contratación empleado, precio, plazo de cumplimiento de lo acordado en dichos instrumentos y Certificado de Disponibilidad Presupuestal que respalda los recursos con los cuales el Estado colombiano adquirió las vacunas contra el COVID 19.

iii) Domicilio de entrega de las vacunas adquiridas con las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc y fechas de ingreso de las vacunas al país.

iv) Enunciación de si al momento de firma de los contratos u otros instrumentos jurídicos con las farmacéuticas AstraZeneca y Pfizer ya contaban con un registro sanitario otorgado por autoridad competente en Colombia o con una Autorización Sanitaria de Uso de Emergencia para las vacunas desarrolladas.

v) Informe si la UNGRD o cualquier otra agencia, unidad especial o fondo especial manejado por su sector, ha tenido reuniones de trabajo o cualquier contacto con las empresas BioNTech, Jhonson & Jhonson, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax o cualquier otra empresa farmacéutica, dirigidas a la posible adquisición de vacunas para la prevención o tratamiento del Covid-19; para que en caso afirmativo, se le informe en qué fecha o fechas se realizó ese contacto y por quién fue dirigido. [...]».

La sociedad JANSSEN CILAG S.A., actuando a través de apoderado judicial, quien a su vez dice actuar como agente oficioso³ de JANSSEN PHARMACEUTICA NV, presentó la acción de tutela⁴ de la

² MP. Moisés Rodrigo Mazabel Pinzón.

³ Al respecto se informa que el poder respectivo se encuentra en trámite al momento de presentarse la acción de tutela.

⁴ El proceso de la referencia fue repartido para trámite el 27 de mayo de 2021, con informe electrónico de la Secretaría General de la Corporación, sin embargo no fue posible admitirlo de manera inmediata en tanto los archivos inicialmente cargados al sistema no eran los correctos, lo cual fue corregido el día siguiente.

referencia por la presunta vulneración de su derecho fundamental al acceso a la administración de justicia, al debido proceso y a la defensa; con ocasión del trámite adelantado en el recurso de insistencia, donde no fue vinculada pese a su interés directo en el asunto.

Lo anterior, al manifestar que el 3 de febrero de 2021, JANSSEN PHARMACEUTICA NV (“JANSSEN PHARMACEUTICA”) y el gobierno colombiano, a través de la UNGRD y el Fondo Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, suscribieron un acuerdo de compra anticipada de vacunas para el SARS-CoV-2/COVID-19, en el marco de la crisis sanitaria ocasionada por la pandemia por COVID-19, cuyo numeral 15.4 dispone que «JANSSEN PHARMACEUTICA, en caso de posible orden judicial de revelación de la información confidencial, tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos e intervenir ante el respectivo tribunal para oponerse a la divulgación y proteger la información confidencial.»⁵.

Revisado el escrito encuentra la Consejera ponente que debe ser admitida la presente tutela, por reunir los requisitos legales al tenor de lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991 y en el numeral 5.º del artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015⁶, modificado por el artículo 1.º del Decreto 333 del 6 de abril de 2021⁷.

Sin perjuicio de lo anterior, en cuanto a la sociedad JANSSEN PHARMACEUTICA NV se advierte que el asunto será admitido en aras de garantizar sus derechos fundamentales, con la advertencia de que el respectivo poder deberá allegarse en debida forma previo a emitirse decisión de fondo, so pena de declararse la falta de legitimación en la causa por activa; pues si bien los requisitos se han flexibilizado por la emergencia sanitaria ello no es óbice para el cumplimiento de los rigorismos procesales.

⁵ Según se lee en el hecho 4 de la acción de tutela.

⁶ Por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Justicia y del Derecho.

⁷ Por el cual se modifican los artículos 2.2.3.1.2.1, 2.2.3.1.2.4 y 2.2.3.1.2.5 del Decreto 1069 de 2015, Único Reglamentario del sector Justicia y del Derecho, referente a las reglas de reparto de la acción de tutela.

II. DE LA SOLICITUD DE MEDIDA CAUTELAR.

La Constitución Política le impregnó a la acción de tutela la característica de ser un procedimiento preferente y sumario, no obstante ello, el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991⁸, reforzó tal condición, en el sentido de reconocer a los jueces constitucionales la posibilidad de actuar de manera inmediata, según lo consideren, para proteger aquellos derechos que se pudieren encontrar amenazados o vulnerados desde la presentación de la demanda, para evitar la configuración de perjuicios inminentes y ciertos, hasta tanto se emita una decisión de fondo. Señala la norma:

«Artículo 7o. Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere.

Sin embargo, a petición de parte o de oficio, se podrá disponer la ejecución o la continuidad de la ejecución, para evitar perjuicios ciertos e inminentes al interés público. En todo caso el juez podrá ordenar lo que considere procedente para proteger los derechos y no hacer ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor del solicitante.

La suspensión de la aplicación se notificará inmediatamente a aquél contra quien se hubiere hecho la solicitud por el medio más expedito posible.

El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso.

El juez podrá, de oficio o a petición de parte, por resolución debidamente fundada, hacer cesar en cualquier momento la autorización de ejecución o las otras medidas cautelares que hubiere dictado.».

Ahora bien, en cuanto a la medida provisional de suspensión de actos concretos que pudieren amenazar o vulnerar derechos fundamentales, debe entenderse que su única finalidad, es evitar que la amenaza al

⁸ Ibídem

derecho se convierta en violación o que la violación del derecho produzca un daño más gravoso que haga que el fallo de tutela carezca de eficacia en caso de ser amparable el derecho⁹, es decir, que la decisión que se profiera con ocasión de una medida cautelar es independiente de la que se emita al momento de dictar sentencia, sin que pueda entenderse como prejuzgamiento.

Solicita la parte actora, se decrete como medida provisional:

«[...] Por medio de la presente acción, conforme al artículo 7 del Decreto 2591 de 1991, solicito respetuosamente al H. Consejo de Estado decretar, como medida provisional urgente, que sea suspendida la ejecución de la sentencia del 11 de mayo de 2021 emitida por el H. Tribunal Administrativo de Cundinamarca, hasta tanto se profiera decisión de fondo dentro de la presente acción constitucional. De lo contrario, se haría ilusorio el efecto de un eventual fallo a favor de mis representadas.

Lo anterior, dado que el término que le fue otorgado a la UNGRD para entregar los contratos para la adquisición de vacunas contra el COVID-19 es extremadamente corto (3 días) y se vence mañana (26 de mayo de 2021).

En el caso de JANSSEN PHARMACEUTICA, el contrato suscrito con el gobierno de Colombia contiene información altamente sensible y confidencial, incluyendo secretos empresariales de alto valor comercial y competitivo. Ello hace inminente la vulneración de los derechos de las actoras.

Conforme está posteo en la cuenta de Twitter del Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción (@instanticorrupt2), los contratos para la adquisición de vacunas contra el COVID-19 van a ser divulgados al público por el señor Camilo Enciso (@camiloencisov)³, siendo evidente que se concretaría un perjuicio irremediable y la pérdida de la información reservada y secretos empresariales de mis representadas, de alto valor comercial:

[...]

Por lo anterior, solicitamos que, como medida provisional, se suspendan los efectos de la sentencia de 11 de mayo de 2021, hasta tanto sea resuelta la presente acción constitucional.

De manera subsidiaria, en dado caso en que sean entregados los referidos contratos al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, solicitamos que se ordene, como medida provisional, que tal institución o cualquiera de sus afiliadas deban mantener bajo estricta reserva tanto los contratos mismos como cualquier información allí contenida, en aras de

⁹ Auto 207 de 18 de septiembre de 2012. M.P. Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

evitar un perjuicio irremediable, hasta tanto se profiera una sentencia de fondo. [...]».

De conformidad con el escrito contentivo de la solicitud de medida cautelar, se observa que la misma está dirigida a que se suspendan los efectos de la providencia del 11 de mayo de 2021, cuyo procedimiento hoy se cuestiona, al considerarse vulneratorio de los derechos fundamentales de las sociedades accionantes, en tanto no se les permitió ejercer su derecho de defensa, pese a las cláusulas contractuales establecidas en el acuerdo suscrito para «la compra anticipada de vacunas para el SARS-CoV-2/COVID-19», que dan cuenta que en el evento de revelación de información confidencial por orden judicial, «tendrá la oportunidad de ejercer sus derechos e intervenir ante el respectivo tribunal para oponerse a la divulgación y proteger la información confidencial».

Al respecto considera el Despacho procedente la SUSPENSIÓN TRANSITORIA de la decisión del 11 de mayo de 2021; pues la información cuya entrega se ordenó involucra intereses de terceros que, presuntamente, no fueron vinculados en el trámite de insistencia, lo cual solo será objeto de decisión a través de la sentencia, previo agotamiento del trámite pertinente y en respeto del derecho al debido proceso y contradicción de todas las partes vinculadas al asunto.

Ahora, sien bien el Despacho corroboró¹⁰ que respecto de la decisión acusada la UNGRD presentó solicitud de aclaración y adición de la sentencia cuestionada, se advierte que, una vez resueltas, generarían una amenaza inminente respecto de los derechos cuya protección invocaron las sociedades accionantes.

Dicho ello, el Despacho DECRETARÁ la medida provisional de SUSPENSIÓN TRANSITORIA de los efectos de la decisión del 11 de mayo de 2021, proferida por la subsección B de la sección primera del

¹⁰

<https://procesos.ramajudicial.gov.co/procesoscs/ConsultaJusticias21.aspx?EntryId=7COs8ti1Q1F%2bipMQjGHS%2fOu%2fK7k%3d>

Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente 25000-23-41-000-2021-00240-00, hasta tanto se profiere decisión de fondo en el asunto de la referencia, sin que ello pueda entenderse como prejuzgamiento.

III. DE LA VINCULACIÓN DE TERCEROS CON INTERÉS.

El artículo 13¹¹ del Decreto 2591 de 1991¹², determina categóricamente la necesidad de que quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso pueda intervenir en él, coadyuvando la posición del actor o de quien actúe en calidad de accionado, pues de no ser así, se vulneraría el derecho al debido proceso y a una legítima defensa, de quien resultare afectado con la decisión que se llegare a adoptar.

Sobre el particular, reiterada jurisprudencia Constitucional ha señalado el deber de vincular no sólo a la autoridad pública o al particular al que se le atribuye la vulneración o amenaza de los derechos cuya protección se pretende, sino también, a todos los que tengan un interés legítimo en la decisión respectiva, pues únicamente de este modo resulta viable satisfacer el principio de efectividad de los derechos fundamentales, garantizando el debido proceso y el derecho a la legítima defensa de quienes eventualmente podrían verse afectados por la orden impartida, lo cual, se traduce en la obligación que recae en el Juez de tutela, en un Estado Social de Derecho, de conformar en debida forma el legítimo contradictorio, ya sea a solicitud de parte o de oficio¹³.

¹¹ Artículo 13. Personas contra quien se dirige la acción e intervinientes. La acción se dirigirá contra la autoridad pública o el representante del órgano que presuntamente violó o amenazó el derecho fundamental. Si uno u otro hubiesen actuado en cumplimiento de órdenes o instrucciones impartidas por un superior, o con su autorización o aprobación, la acción se entenderá dirigida contra ambos, sin perjuicio de lo que se decida en el fallo. De ignorarse la identidad de la autoridad pública, la acción se tendrá por ejercida contra el superior.

Quien tuviere un interés legítimo en el resultado del proceso podrá intervenir en él como coadyuvante del actor o de la persona o autoridad pública contra quien se hubiere hecho la solicitud.

¹² Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política.

¹³ CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 019 de 1997. M. P. Dr. Vladimiro Naranjo Mesa y Auto 196A de 2002. M. P. Dr. Eduardo Montealegre Lynett.

Si bien, la Constitución Política¹⁴ y su decreto reglamentario¹⁵ han definido la acción de tutela como un trámite que no exige mayor formalidad, no significa ello, que se permita el quebrantamiento de garantías fundamentales como el debido proceso, cuyo contenido ampara también el derecho de defensa y contradicción, pues es allí, donde no se puede pasar por alto las facultades que revisten al juez constitucional¹⁶ para brindar una adecuada protección de los derechos presuntamente vulnerados.

En el caso bajo estudio, el Despacho observa la necesidad de vincular en calidad de terceros con interés al señor Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, al Ministerio de Salud, al Ministerio de Relaciones Exteriores, Ministerio de Comercio, al INVIMA, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Unidad de Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, a la Fiduprevisora SA (administradora de la Subcuenta Covid-19), al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, a las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc, y a las sociedades BioNTech, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax.

Por otra parte, se ordenará la vinculación del Ministerio Público, para que, en el marco de sus funciones constitucionales¹⁷ presente informe en el

¹⁴ Artículo 86.

¹⁵ Decreto 2591 de 1991.

¹⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Auto 065 de 2010 M.P. Dr. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁷ Artículo 277 de la Constitución Política. El Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados y agentes, tendrá las siguientes funciones:

1. Vigilar el cumplimiento de la Constitución, las leyes, las decisiones judiciales y los actos administrativos.

2. Proteger los derechos humanos y asegurar su efectividad, con el auxilio del Defensor del Pueblo.

3. Defender los intereses de la sociedad.

4. Defender los intereses colectivos, en especial el ambiente.

□

7. Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales.

[...]

10. Las demás que determine la ley.

Para el cumplimiento de sus funciones la Procuraduría tendrá atribuciones de policía judicial, y podrá interponer las acciones que considere necesarias.

presente asunto. Así mismo, se ordenará la vinculación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Así mismo, dada la relevancia del asunto bajo estudio, se invitará la Universidad del Rosario, a la Universidad Javeriana, al Externado de Colombia, a la Universidad Nacional, a la Universidad de Cartagena, a la Universidad de los ANDES, y a la Universidad Sergio Arboleda, para que, si a bien lo tienen, presenten concepto u opinión en torno a la aplicación del principio de publicidad a las negociaciones y los contratos celebrados entre el Gobierno Nacional y las farmacéuticas para adquirir las vacunas contra el Covid-19.

En mérito de lo expuesto se,

IV. RESUELVE

PRIMERO: DECRETAR la medida provisional invocada por las sociedades accionantes, consistente en **SUSPENDER TRANSITORIAMENTE** los efectos de la decisión del 11 de mayo de 2021, proferida por la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en el expediente 25000-23-41-000-**2021-00240-00**, hasta tanto se profiere decisión de fondo en el asunto de la referencia, sin que ello pueda entenderse como prejuzgamiento.

SEGUNDO: ADMITIR el trámite de la presente acción constitucional.

TERCERO: Por la **Secretaría General** de la Corporación:

- **NOTIFICAR**, por el medio más expedito y a la mayor brevedad, a los magistrados de la subsección B de la sección primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en calidad de demandados, enviándoles copia del escrito de tutela, para que rindan informe sobre

los hechos de la acción dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de la presente providencia.

- **VINCULAR y NOTIFICAR** al presente trámite, en calidad de terceros interesados al señor Presidente de la República – Departamento Administrativo de la Presidencia de la República, a los Ministerios de Salud, Relaciones Exteriores y de Comercio, al INVIMA, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Unidad de Nacional de Gestión del Riesgo de Desastres, a la Fiduprevisora SA (administradora de la Subcuenta Covid-19), al Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, a las farmacéuticas AstraZeneca PLC y Pfizer Inc y, a las sociedades BioNTech, Moderna, GlaxoSmithKline, Cansino Biologics, Sinovac, Novavax, acorde a lo dispuesto en el artículo 13 y concordantes del Decreto 2591 de 1991, para que rindan informe sobre los hechos de la acción dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de la presente providencia.
- **VINCULAR y NOTIFICAR** al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, para que rindan informe sobre los hechos de la acción dentro de los dos (2) días siguientes al recibo de la notificación de la presente providencia.

CUARTO: REQUERIR a la autoridad judicial accionada en el presente asunto para que, en el improrrogable término de dos (2) días, envíe a través de **medio digital** las actuaciones adelantadas en el trámite de insistencia impetrado por el Instituto Internacional de Estudios Anticorrupción, radicado 25000-23-41-000-2021-00240-00, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21 y 22 del Decreto 2591 de 1991, y concordantes.

En cuanto a la documental probatoria que hace parte del expediente contencioso solicitado, se ordena que la misma NO sea cargada a SAMAI, sino entregada directamente al despacho sustanciador, en aras de mantener la cadena de custodia y reserva de la misma.

QUINTO: INVITAR a la Universidad del Rosario, a la Universidad Javeriana, al Externado de Colombia, a la Universidad Nacional, a la Universidad de Cartagena, a la Universidad de los ANDES, y a la Universidad Sergio Arboleda, para que, si a bien lo tienen, presenten concepto u opinión en torno a la aplicación del principio de publicidad a las negociaciones y los contratos celebrados entre el Gobierno Nacional y las farmacéuticas para adquirir las vacunas contra el Covid-19.

SEXTO. RECONOCER personería para actuar en nombre y representación de la sociedad JANSSEN CILAG S.A. al abogado Christian Pérez Rueda, con T.P. No. 196.301 del C.S. de la Jud., en los términos del poder obrante en el expediente digital.

SÉPTIMO: REQUERIR al abogado Christian Pérez Rueda para que, en el término de dos (2) días contados a partir de la notificación de la presente providencia, allegue el poder que los acredite como apoderado judicial de JANSSEN PHARMACEUTICA NV para presentar la acción de tutela de la referencia, so pena de declararse la falta de legitimación en la causa por activa respecto de dicha sociedad.

OCTAVO: TENER como pruebas los documentos allegados con el escrito de tutela, cuyo valor será otorgado en la providencia respectiva.

NOVEDO. PUBLICAR la presente providencia en las páginas web del Consejo de Estado, Rama Judicial y autoridades accionadas para procurar una mayor divulgación y garantía de los derechos de las partes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

SANDRA LISSET IBARRA VÉLEZ